2. Vorm. m.
385 ma-4

Meditationen

über

verschiedene

Rechtsmaterien

von

zwei Rechtsgelehrten,

August Wilhelm Overbeck,

Bürgermeister zu Lemgo,

und

Bernhard Ludewig Overbeck,

Fürstlich-Lippischem Amts-Rath zu Schwalenberg.

Vierter Band.

Dritte verbesserte Auflage.

Hannover,

im Verlage der Hahnschen Buchhandlung.

1804.

Verzeichniß

der Meditationen des vierten Bandes.

188.

Seite

Die L. 41. C. de transact. findet nicht bei andern Kontracten Statt . . . 1

189.

Das parricidium wird in 20 Jahren verjährt 6

190.

Der in der L. 28. §. 10. ff. de poen. in Absicht des Raubes gemachte Unterschied, ist durch den 126 Art. der P. G. O. aufgehoben 10

191.

Ein Advokat kann für seinen Klienten kein glaubwürdiges Zeugniß ablegen, wenn er gleich in der Sache, worin er zeugen soll, demselben nicht mehr bedient ist . 13

192.

Die actio suppletoria wird in 30 Jahren verjährt 16

Seite

193.

Der Bruder des eingesetzten Erbens, ist ein gültiger Testamentszeuge . . 19

194.

Ein Testament der Eltern unter Kindern ist ungültig, wenn das Jahr, der Monat und der Tag, wenn es gemacht worden, nicht ausgedrückt ist. . . . 22

195.

Zu einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern, werden gar keine Zeugen erfordert, wenn die Eltern solches eigenhändig geschrieben haben . . . 28

196.

Das Recht des Vaters, unter seinen Kindern ein privilegirtes Testament machen zu können, geht nicht auf natürliche Kinder 31

197.

Ein Testament der Eltern unter ihren Kindern ist nicht gültig, wenn die darin vermachte Summe mit Ziefern ausgedrückt ist 37

198.

Wenn Eltern in einem Testament unter ihren Kindern einer fremden Person etwas vermachen, so muß solches vor 5 Zeugen geschehen 40

199.

Seite

199.

Das in einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern, der Frau ausgesetzte Vermächtniß, ist nicht anders gültig, als wenn solches vor 5 Zeugen gemacht ist . 45

200.

Das den Eltern ertheilte Privilegium, unter ihren Kindern ein privilegirtes Testament zu machen, steht den Kindern nicht zu 48

201.

Die Veräußerung eines Brautschatz-Guts (fundi dotalis) ist ungültig, wenn gleich die Frau nach zwei Jahren in den Verkauf sollte gewilliget haben . 51

202.

Die Verordnung der L. ult. ff. de rei vindic. findet heut zu Tage noch Statt . 59

203.

Durch die Erbpacht erlangt man kein Eigenthum an der in Erbpacht habenden Sache 63

204.

Wegen einer begangnen Blutschande kann der Vasall seines Lehns nicht für verlustig erkannt werden . . 70

205.

Die Eideszuschiebung findet auch bei den Injurien Statt, wo auf einen Widerruf geklagt wird . . 74

206.

Seite

206.

Frauenspersonen können in ein Frei=Lehn (feudum francum) nicht succediren . 78

207.

Eine Hypothek, worin der Gutsherr nur auf eine gewisse Zeit gewilliget, erlöscht mit Ablauf der Zeit, wenn gleich die clausula cassatoria der Bestätigung derselben nicht beigefügt ist . . 83

208.

Die Strafe des Stuprators kann nicht erhöhet werden, wenn die Geschwächte das Kind umgebracht hat . . 88

209.

Die Bürgschaft einer Ehefrau für ihren Mann wird dadurch gültig, wenn sie nach dessen Tode die Verbindlichkeit daraus zu bezahlen, anerkannt hat . . 90

210.

Eine Ehefrau hat kein Recht, sich dem Verkauf ihrer, von ihrem Mann verhypothecirten Grundgüter zu widersetzen, wenn solches mit ihrem Wissen geschehen, und der Gläubiger auch nicht anders gewußt hat, als daß diese Güter dem Mann eigenthümlich zustünden . . 97

211.

Niemand kann zum Nachtheil seiner Brüder Kinder, seines Bruders Erbschaft ausschlagen 103

212

Seite

212.

Der Minderjährige muß die Verletzung beweisen, wenn er sich in vorigen Stand restituiren lassen will . . 108

213.

Nach geschlossenem Kauf steht der Käufer auch vor der Uebergabe der gekauften Sache, allen Schaden, der an derselben ohne Verschulden des Verkäufers sich zugetragen hat, und ist schuldig, dem Verkäufer den Kaufschilling zu bezahlen . . 111

214.

Wider ein ordentlich aufgenommenes Inventarium findet eine Eideszuschiebung nicht anders Statt, als wenn gegründete Muthmassungen einer geschehenen Unterschlagung da sind . . . 115

215.

Das von einem Mandatarius ausgeführte Geschäft, ist gültig, wenn gleich der Mandans nachher das Mandat widerrufen hat, dieser Widerruf aber erst dem Mandatarius nach geführtem Geschäft bekannt geworden ist; auch wird dadurch, daß der Mandatarius die Grenzen des Mandats überschreitet, das ganze Geschäft nicht ungültig 130

216.

Ein Cessionarius kann keine Zinsen von Zinsen fordern . . . 139

Seite

217.

Bei der emtio spei findet die L. 2. C. de resc. vend. nicht Statt . . 143

218.

Die L. 2. C. de resc. vend. findet bei dem Verkauf beweglicher Sachen Statt . 146

219.

Die querela inofficiosi testamenti findet bei dem Testamente eines Bruders, worin eine ehrlose Person zu Erben eingesetzt ist, nicht Statt, wenn der Bruder selbst ehrlos ist 149

220.

Eine Lehns-Hypothek kann ohne neuen Lehnsherrlichen Konsens, einem dritten abgetreten werden . . 152

221.

Ob und in wie weit die dem Hauptschuldner zustehende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, dessen Bürgen zum Vortheil gereiche 157

222.

Ob der Bürge eines Minderjährigen, wenn er Erbe des letztern wird, sich der Wiedereinsezzung in den vorigen Stand bedienen könne? 182

223.

Ob und in wie weit kann sich der Bürge eines Minderjährigen für seine Person auf die Restitution berufen, ohne daß der Minderjährige seine Zuflucht dazu genommen hat? 192

224.

Seite

224.

Zinsen des Verzugs werden nicht bezahlt, wenn eine Fordrung mit Arrest belegt ist 195

225.

Einer kann sich um deswillen von Ablegung eines Zeugnisses nicht lossagen, wenn er gleich eidlich angelobt hat, kein Zeugniß in der Sache zu geben . . 198

226.

Nach dem Tode des Leibzüchters, fallen die, von der Meierei auf die Leibzucht mitgenommenen Sachen, dem Meierstande wieder zurück, und können die Gläubiger des Leibzüchters sich hieraus nicht bezahlt machen; eben so wenig auch aus den rückständigen Brautschatzgeldern des Leibzüchters . 200

227.

Wer statt einer Hecke, eine Planke setzen läßt, kann die Observanzmäßige Weite wieder herausrücken . . 202

228.

Es ist dem Eigenthumsherrn, in gewißer Rücksicht nicht verbothen, seine Brachfelder mit Sommerfrüchten zu bestellen, wenn ein andrer auf dem Grund und Boden die Hudegerechtigkeit hat . 204

229.

Der Käufer ist schuldig, auch alsdenn von den Kaufgeldern Zinse zu geben, wenn er gleich von der gekauften Sache keine Früchte gehoben hat, oder hat heben können . 207

230.

Seite

230.

Dienstbarkeiten, die einen Monat oder ein Jahr um das andre gebraucht werden, gehen durch einen 20jährigen Nichtgebrauch verlohren . . . 213

231.

Ein unter den streitenden Partheien getrofner Vergleich ist einschränkend zu erklären, und darf nicht weiter, als worüber er eingegangen ist, ausgedehnt werden . 216

232.

Zur Gültigkeit eines Vertrags über die Erbschaft eines Dritten, wird nicht erfordert, daß der Dritte gleich von Anfang seine Einwilligung dazu gebe . . . 222

233.

Enkel können immer auf die groselterliche Erbschaft Anspruch machen, wenn gleich ihre Eltern derselben sollten entsagt haben . 227

234.

Frauenspersonen können ein angekauftes Lehn (feudum emtum) nicht beerben . . 232

235.

Unehliche Kinder, wenn sie durch die nachfolgende Ehe ehelich geworden sind, succediren wie eheliche Kinder, wenn gleich ihr Vater, ehe er ihre Mutter geheirathet, sich mit einer andern verheirathet gehabt hat 235

236

Seite

236.

Wenn ein Jude den christlichen Glauben annimt, so kann er sich deswegen von seiner jüdischen Frau nicht scheiden lassen . . 240

237.

Wenn ein Lehnstück wegen Schulden mit Lehnsherrl. Einwilligung verpfändet ist, so ist der Lehnsherr, wenn ihm das Lehn zufällt, zur Bezahlung der Schulden verbunden, und die Hypothek erlöscht nicht 247

238.

Wenn auch gleich der Lehnsherr unter der Klausel: vorbehältlich seines Lehnrechts, in die Verpfändung gewilliget hat, so ist er dennoch zur Bezahlung verbunden, und die Hypothek erlöscht nicht, wenn ihm das Lehn zufällt. . . 254

239.

Wenn Agnaten zur Verpfändung des Lehns ihre Einwilligung gegeben haben, so sind sie auch zur Bezahlung der Schuld verbunden . . . 257

240.

Durch die Scheidung vom Tisch und Bette wird die Succession unter den Eheleuten, auch in Absicht des schuldigen Theils nicht aufgehoben . . 260

241.

Die auth. praeterea C. unde vir et uxor geht auch auf den Mann . . 264

242.

Seite

242.

Wenn der überlebende arme Ehegatte mit Ascendenten oder Seitenverwandten konkurriret: so erbt er mit demselben zu gleichen Theilen, wenn mehrere als drei da sind 268

243.

Ein hinterlassnes Vermächtniß, unter der Bedingung: wenn der Vermächtnißnehmer 20 Jahr alt seyn wird, kann nicht eher, als bis nach zurückgelegtem 20sten Jahr gefordert werden, und geht also nicht auf dessen Erben, wenn der Vermächtnißnehmer eher gestorben ist. . . 271

244.

Das Vermächtniß eines Lehnstücks ist ungültig, und der Werth desselben braucht nicht erstattet zu werden . . 277

245.

Zur Gültigkeit eines Instruments über eine Besitzergreifung, wird nicht erfordert, daß solches von einem Notarius gemacht sey 283

246.

Der Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid wird nicht für ausgeschworen gehalten, wenn derjenige, der denselben abstatten soll, den Eid zwar angenommen, oder sich zu demselben erbothen hat, aber, ehe derselbe ausgeschworen, gestorben ist . 285

Seite

247.

Einer der sich als Selbstschuldner verbürgt, hat alsdenn das beneficium ordinis nicht, wenn er, auf Vorzeigung eines errichteten Instruments, zu bezahlen versprochen hat 288

248.

Die Entgegenhandlung eines einem Vergleich angehängten Bedings, hebt nicht gleich den Vergleich auf. . . 293

249.

Durch die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, wenn sie als eine Intervention angebracht wird, wird nicht immer die Hauptsache sistiret . . . 294

250.

Der Bestohlne hat keine stillschweigende Hypothek an den Gütern des Diebes . 297

251.

Der Vermiether hat auch an den eingebrachten Sachen des Aftermiethmanns, eine stillschweigende Hypothek . . 300

252.

Unter die in ein gemiethetes Haus eingebrachten Sachen gehören auch Kaufmannswaaren, und sind daher solche mit unter der dem Vermiether zustehenden stillschweigenden Hypothek begriffen . 305

253.

Seite

253.

Das Hausgeräth des Miethmanns ist dem Vermiether stillschweigend verpfändet . . 309

254.

Unter dem Auftrag eine Sache zu verkaufen, ist auch der Auftrag, das Geld dafür in Empfang zu nehmen, begriffen . . 311

255.

Wer einem Bothen ohne besondre Vollmacht des Gläubigers seine Schuld bezahlet, der wird dadurch von seiner Schuld nicht befreiet . . 316

256.

Der Testirer braucht keine fünf Zeugen dazu, wenn er dem Vermächtnißnehmer, das hinterlassene Vermächtniß wieder nehmen will 319

257.

Ein von einem Notarius, über die von ihm unternommene Besitz-Ergreifung errichtetes Instrument, hat keinen Glauben, wenn keine Zeugen zugezogen sind . . . 324

258.

Die Einrede der Verjährung, kann von dem Richter suppliret werden, wenn dieselbe aus den Acten klar ist . . 326

259.

Seite

259.

Eine Schenkung kann aus keinen andern Ursachen, als die in der L. fin. C. de revoc. donat. enthalten sind, widerrufen werden . . . 330

260.

Wenn der Testirer einem ein Vermächtniß hinterlassen hat, hernach aber einem andern, ein und eben dieselbe Sache, mit Beziehung auf das erste Vermächtniß vermacht; so ist das erste Vermächtniß dadurch aufgehoben . . . 336

261.

Wenn der Schuldner seinem Gläubiger eine eben so große Summe als er demselben schuldig war, vermacht hat, so glaubt man nicht, daß er dieses in der Absicht gethan habe, um mit dem Vermächtniß die Schuld zu tilgen; ohne dabei auf den Unterschied zu sehen, ob es ein debitum voluntarium oder necessarium sey . . 341

262.

Ein Legatarius kann auch Zeuge in einem Kodicill seyn . . . 350

263.

Auch bei einem mündlichen Testament können Legatarien Zeugen seyn . . . 355

264.

Reisende sind bei ihren Testamenten, eben so wohl wie andre an die gesetzlichen Feierlichkeiten gebunden . . . 357

Seite

265.

Ein blinder Vater der unter seinen Kindern testiret, muß zu seinem Testamente drei Zeugen zuziehen . . . 364

266.

Zu einem mündlichen Testamente der Eltern unter ihren Kindern werden zwei Zeugen erfordert . . . 368

267.

Remuneratorische Schenkungen müssen, wenn sie über 500 Dukaten betragen, gerichtlich insinuiret werden . . . 374

268.

Bei Gränz-Streitigkeiten kann, nach geschehener Publikation der Zeugen-Aussagen, noch immer ein Riß zu den Acten gebracht werden . . . 380

188. Meditation.

Die *L.* 41. *C. de tranſact.* findet nicht bey andern Kontrakten Statt.

§. 1.

In der *L.* 41. *C. de tranſact.* heißt es: *ſi quis maior annis viginti quinque, adverſus pacta vel tranſactiones nullo cogente imperio, ſed libero arbitrio et voluntate confectas, putaverit eſſe veniendum, vel interpellando iudicem, vel ſupplicando principibus, vel non implendo promiſſa: eas autem invocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore ſolidaverit, non ſolum notetur infamia, verum etiam actione privatus, reſtituta pœna, quæ pactis probatur inſerta, et rerum proprietate careat, et emolumento, quod ex pactione vel tranſactione illa fuerit conſecutus; itaque omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata pacti iura*

ſervaverint. Eos etiam huius legis vel iactura dignos eſſe iubemus, vel munere, qui nomina noſtra placitis inſerentes, ſalutem principum confirmationem initarum iuraverint eſſe pactionum.

§. 2. Soll die Verordnung dieſes Geſetzes bey einem Vergleich eintreten: ſo wird erfordert, daß ein Volljähriger den Vergleich eingegangen habe, daß der Vergleich ſelbſt freywillig und ohne Zwang getroffen, daß er demnächſt mit einem Eide a) beſtätiget ſey, und daß einer von den Partheien boshafter Weiſe den Vergleich nicht erfüllen wolle. In dieſem Falle wird ein ſolcher nicht nur ehrlos, ſondern verlieret auch alle den Vortheil, den er aus dem Vergleich würde gehabt haben.

Uebrigens aber kommt es nicht darauf an, ob der Vergleich gerichtlich oder außergerichtlich iſt geſchloſſen worden b), ſo wie denn gleichfalls nicht darauf geſehen wird, ob die eidliche Beſtärkung mit einigen Feierlichkeiten geſchehen iſt, da die gemeinen Rechte zur Gültigkeit eines

a) Doch wird hier kein körperlicher Eid erfordert, ſondern es iſt genug, wenn die Partheien an Eides ſtatt die Feſthaltung des Vergleichs ſich angelobt haben.

b) *Bruhum Beomunnorum* Conſilia, Tom. 2, Conſ. 57. Nr. 18.

nes außergerichtlichen Bestätigungs-Eides, keine Feierlichkeiten erfordern c).

§. 3. Findet aber auch jene Verordnung bey andern eidlich bestätigten Kontrakten Statt, und wird derjenige, der einen solchen Kontrakt bricht, ehrlos? Dem ersten Anschein nach sollte man wohl annehmen, daß diese Frage bejahet werden müsse. Denn die Worte jenes Gesetzes, *adversus pacta vel transactiones*, imgleichen: *restituta poena quae pactis proba-tur inserta*, und *careat emolumento quod ex pactione vel transactione illa fuerit consecutus* scheinen sich nicht bloß auf einen Vergleich einzuschränken. Zu diesem kömmt noch, daß der Grund jenes Gesetzes, der hier in dem begangnen Meineide liegt, eben so gut auf andere eidlich bestätigte Kontrakte könne angewendet werden. Verschiedne Rechtsgelehrte d) haben daher auch aus diesen Gründen behaupten wollen, daß derjenige, der einen eidlich bestätigten Kontrakt gebrochen habe, eben so wol ehrlos werde, als derjenige, der einen eidlich bestätigten Vergleich bricht.

c) *Böhmer* J. C. P. Tom. 1. lib. 1. tit. 24. §. 58. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 43. §. 2.

d) *Menoch.* cons. 372. n. 23. *Klok* vol. 2. cons. 58. n. 12. *Martini* com. for. ad proc. tit. 1. §. 2. n. 190.

§. 4. Ehe wir diese uns entgegenstehende Gründe beantworten, wollen wir zuerst, unsere Meinung e) zu beweisen, uns bemühen. Keiner wird überhaupt wol daran zweifeln, daß jenes Gesetz zu den Strafgesetzen gerechnet werden müsse. Findet aber bey den Strafgesetzen keine ausdehnende Erklärung Statt, f) so ist das schon Beweises genug, daß wir jene in dem Gesetze auf die Brechung eines eidlich bestätigten Vergleichs, gesetzten Strafen, nicht auf andre Kontrakte ziehen dürfen. Besonders aber hindert uns hier eine ausdehnende Erklärung anzunehmen, weil in keinem einzigen Gesetze, dieser Strafe der Ehrlosigkeit, bey andern Kontrakten Erwähnung geschieht. Zudem sind die in jenem Gesetze bestimmten Strafen so beschaffen, daß sie nur allein auf einen Vergleich, nicht aber auf andere Kontrakte angewendet werden können. Denn so muß derjenige, der einen solchen Vergleich bricht, dasjenige wieder herausgeben, was er durch denselben erhalten hat.

§. 5.

e) Unserer Meinung pflichten bey *Hahn* ad Wesenb. tit. de transf. n. 7. et tit. de his qui not. inf. n. 7. *Bachov* ad Wesenb. tit. de transf. not. 2.

f) *L.* 42. *ff. de poen.* Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae.

§. 5. Diejenigen Gründe, die man uns entgegensetzt, bedeuten hier nichts, und lassen sich bald widerlegen.

Wollte man aus dem, in jenem Gesetze vorkommenden Worte *pactum* schliessen, daß darunter auch andere Kontrakte mitbegriffen wären; so müste man zuerst erweisen, daß *pactum* und Kontrakt eins, und nicht von einander verschieden sey. Dieser Beweis würde um so mehr schwer fallen, auch wol nie zu führen seyn, da bekant ist, daß zwischen beiden ein großer Unterschied obwalte, auch kein *pactum* zu den Kontrakten gerechnet werden könne.

Wenn daher hier von einem *pactum* geredet wird, so ist hierunter ein solches zu verstehen, was durch den Vergleich bestimmet, und zugleich in demselben mit enthalten ist.

§. 6. So kann man auch wol nicht behaupten, daß der Grund jener Verordnung in dem Meineide liege, sondern vielmehr ist er wohl dieser, daß die Partheien durch so viele Strafen desto eher sollen bewogen werden, den Vergleich zu halten, damit dadurch zugleich vielen Streitigkeiten vorgebeugt werde. Denn daß bey den Römern der Meineid nicht mit der Ehrlosigkeit bestrafet sey, ist aus andern Stellen klar. g)

Und

g) L. ult. ff. de crim. stell. L. 2. C. de reb. cr. et iure iur.

Und wenn gleich heut zu Tage nach der peinlichen Gerichtsordnung h) derjenige, der einen falschen Eid schweret, ehrlos wird, so ist dagegen auch bekant, daß solches nur von einem körperlichen, und im Gericht abgelegten Eide zu verstehen sey; wir aber reden hier nur von dem Falle, wenn die Partheien in dem Kontrakte selbst, sich die Festhaltung desselben an Eides statt angelobet haben.

---

189. Meditation.

Das *parricidium* wird in 20 Jahren verjähret.

§. 1.

Der Regel nach werden alle Verbrechen in 20 Jahren verjähret, so daß nach diesem Zeitraume kein peinliches Verfahren weiter Satt findet, außer denjenigen, die aus dem julischen Gesetze von dem Ehebruch entspringen, nämlich Hurerey, Ehebruch, Hurenwirtschaft, Bigamie, Sodomiterey, welche in 5 Jahren verjähret werden. Es muß aber die zur Verjährung eines Verbrechens in den Gesetzen bestimmte Zeit völlig geendigt seyn. Man rechnet daher auch dieselbe nicht

h) Art. 107.

nicht civiliter sondern naturaliter, i) so daß nicht einmal der angefangene letzte Tag als vollendet angesehen wird. k)

Einige Rechtsgelehrte l) aber wollen von obiger Regel, daß nemlich alle Verbrechen in 20 Jahren verjährt werden, m) das parricidium aus-

i) Andre nehmen ob favorem defensionis, die Zeit der Verjährung in peinlichen Fällen civiliter als *Koch* Inst. iur. crim. §. 974 *Rücker* de civil. et natur. temp. sump.

k) Engau, von Verjährungen in peinl. Fällen §. 93. Quistorps Grundsf. des deutschen peinl. Rechts, Abschn. 12. §. 868. *C. P. G. Meister* princ. iur. crim. Sect. 3. cap. 29. §. 3.

l) *Carpzov* pr. rer. crim. part. 3. qu. 141. n. 52. *Brunnemann* proceff. crim. cap. 11. n. 8. *Stryk* de act. for. invest. Sect. 3. memb. 2. ex. 5. n. 11. *Leyser* sp. 515. n. 12. 13. *Wernher* Tom. 1. part. 3. obs. 157.

m) Ueber den Grund, worauf die Verjährung der Verbrechen beruhet, sind die Rechtsgelehrten unter sich nicht einig. *Hallacher*, der in seiner diss. principia iuris romani de praescriptione criminali, 1787, die Verjährung in peinlichen Fällen gänzlich abgeschaft wissen will, führt folgende sieben verschiedene Gründe an, daß einige 1) solche darauf gründen, weil durch die Länge der Zeit,

ausnehmen, und behaupten, daß solches nicht verjähret werden könne. Zu dieser Behauptung sind sie vornämlich durch die *L.* 10. *ff. ad leg. pomp. de parricid.* bewogen, in welchem es heißt: *eorum, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittitur.*

§. 2. Wir werden nachher sehen, ob dieses Gesetz unserer Meinung wirklich entgegen stehe, wenn wir vorher erst kürzlich unsere Gründe, weswegen wir hier keine Ausnahme in Absicht des Parricidiums machen, anzeigen.

Die

Zeit die That ungewiß, und der Beweis derselben schwer sey. 2) Andre, weil zu vermuthen sey, daß Gott alsdenn dem Verbrecher verziehen habe. 3) Andre wollen sie von der Kirchenbuße herleiten, welche die ersten Christen auf die verübten Verbrechen gesetzt. 4) Andre glauben, daß die Verbrecher durch die Gewissensbisse, die sie in der Zeit gehabt hätten, schon genug wären gestrafet worden. 5) Noch andre sind der Meinung, daß wegen der Länge der Zeit, die Vermuthung anzunehmen sey, daß das Verbrechen aus Nachläßigkeit, oder Verschuldung, oder durch Zufall begangen worden. 6) Wieder andre halten dafür, daß hier aus eben dem Grunde, der bei andern bürgerlichen Geschäften eintrete, die Verjährung Statt finde. Endlich noch andre 7), weil zu vermuthen sey, daß der Verbrecher sich während der Zeit gebessert habe.

Die allgemeine Regel, nach welcher alle Verbrechen ohne Unterschied in 20 Jahren verjähret werden, n) wenn nicht eine besondere Ausnahme davon gemacht ist, welche wir oben angezeigt haben, verbietet uns hier nach Willkühr, Ausnahmen zu machen; besonders da, wie bekant, in peinlichen Fällen, keine ausdehnende Erklärung statt findet. o) Dies aber würde allerdings geschehen, wenn man behaupten wollte, daß das parricidium gar nicht verjähret werden könne.

§. 3. Zwar scheinet uns hier die *L.* 10. *ff. ad leg. pomp. de parr.* entgegen zu stehen; aber dieser Widerspruch wird wegfallen, wenn wir dies Gesetz nur gehörig erklären wollen. Nach der *L.* 13. *ff. de Scto Silan.* muste innerhalb 5 Jahren gegen die Familie eines Getödteten geklagt werden; in diesem Gesetze wird nun gleich hinzugesetzt, *namque eos, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusare permittitur eodem senatus consulto.* Das Wort *semper* also, so wie es hier, und in der *L.* 10. *ff. ad leg. promp. de parr.* gebraucht wird, bedeutet nicht so viel, daß die Anklage wegen des Parricidiums gar nicht ver-

n) L. 12, C. ad leg. corn. de falf. L. 2. et 3. ff. de requir. vel abf. dam. L. 1. §. 3. ff. de iur. fisc.

o) L. poen. ff. de poen.

verjähret werde; sondern da jenes Wort hier der 5 jährigen Verjährung entgegengesetzt wird, so kann solches auch nicht anders, als so verstanden werden, daß nämlich das parricidium nicht in 5, sondern 20 Jahren verjähret werde. p)

---

190. Meditation.

Der in der *L.* 28. *§.* 10. *ff. de poen.* in Absicht des Raubes gemachte Unterschied ist durch den 126. Art. der P. G. O aufgehoben.

§. 1.

In der *L.* 28. *§.* 10. *de poen.* heißt es: *grassatores, qui praedae causa id faciunt, proximi latronibus habentur, et si cum ferro adgredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur; utique si saepius, atque in itineribus hoc admiserunt; caeteri in metallum damnantur, vel in insulas relegantur.*

Nach

p) *Mathaei* de crim. lib. 48. cap. 4. n. 2. *Theodorici* colleg. crim. pract. cap. 7. aph. 8. n, 17. *Koch* inst. iur. crim. lib. 3. cap. 33. §. 973. *Meister* princ. iurispr. crim. Sect. 3. cap. 29. §. 873.

Nach diesem Gesetze kann ein Räuber nicht anders, als unter diesen Umständen mit der Todesstrafe belegt werden, wenn er nämlich Waffen gebraucht, auch mehrmal, und auf der Heerstraße geraubet hat.

Dagegen aber wird in dem 126. Art. der P. G. O. verordnet: ein jeder boshafter, überwundner Räuber soll nach Vermög unser Vorfahren, und unser gemeinen Kayserlichen Rechte, mit dem Schwerdt, oder, wie an jedem Ort in diesen Fällen mit guter Gewohnheit herkommen ist, doch am Leben gestraft werden.

§. 2. Daß hier Karl der fünfte auf den Raub ohne allen Unterschied die Todesstrafe gesetzt habe, lehret jener Artikel; denn hierin wird ganz allgemein geredet, und ein jeder boshafter überwundner Räuber am Leben gestraft. Zwar ist es nicht zu läugnen, daß der Gesetzgeber in den Worten: nach Vermög unser Vorfahren und unser gemeinen Kayserlichen Rechte, auf das römische Recht sich bezogen habe, weswegen denn auch einige Rechtsgelehrte q) haben behaupten wollen, daß

q) *Engelbrecht* comp. ff. tit. de vi bon. rapt. §. 43. *Faber* ad C. lib. 9. tit. 24. def. 7. n. 3.

dadurch zugleich die nach jenem Gesetze zu einem Raube erforderlichen Umstände da seyn müsten, wenn die Todesstrafe erkant werden sollte, indem es unglaublich sey, daß sich der Gesetzgeber auf ein Gesetz bezogen habe, welches er hätte aufheben wollen.

§. 3. Allein dies widerspricht theils den Worten des Artikels, die ganz allgemein lauten; theils beruft sich hier der Gesetzgeber nicht schlechterdings auf das römische Recht, wie in andern Stellen, r) sondern nur in Absicht der Strafe des Raubes. Vielleicht scheinet es aber auch unbillig und hart zu seyn, wenn man jeden Räuber auf gleiche Art bestrafen, und keinen Unterschied hier zulassen will, da doch bei Bestrafung des Diebstahls darauf Rücksicht genommen wird: ob er groß oder klein; ob es der erste, zweite oder dritte Diebstahl; ob er mit oder ohne Waffen verübt worden ist. Aber auch diese Härte wird verschwinden, wenn man nur bedenken will, daß dieses Verbrechen deswegen so hart geahndet, deswegen auch so wenig Milderungs-Ursachen s) dabey

n. 3. *Zieriz* ad art. 126. *Stephan* ad eund. art. *Blumlach* ad eund. art. Strube rechtliche Bed. Theil 1. B. 158. *Leyser* sp. 539. med. 8. Schmids öffentliche Rechtssprüche S. 782.

r) P. G. O. Art. 118.

s) Bey dem Straßenraube wird nämlich nicht auf das Geschlecht, den Stand, die Größe und

dabey eintreten, weil durch dasselbe die öffentliche Ruhe gestöret wird, die doch ein jeder genießen muß, t) daher denn auch die Grundsätze, die bey Bestrafung des Diebstals eintreten, hier nicht Statt finden können.

---

191. Meditation.

Ein Advokat kann für seinen Klienten kein glaubwürdiges Zeugniß ablegen, wenn er gleich in der Sache, worin er zeugen soll, demselben nicht mehr bedient ist.

§. 1.

Daß ein Advokat für seinen Klienten in der Sache, worin er demselben bedient ist, kein die Wiedererstattung des geraubten Guts, auch nicht darauf, ob er mehrmals wiederholet worden ist, gesehn.

t) *Carpzow* pr. crim. quaest 90. n. 10. *de Böhmer* ad eund. qu. obs. 2. et in medit. ad const. Carol. art. 126. §. 8. *Stryk* U. M. Tit. de vi bon. rapt. §. 3. *Kress* ad art. 126. §. 1. *Classenius* ad eund. art. *Koch* inst. iur. crim. lib. 2. cap. 7. §. 248. schol. Eisenhart Erzählungen von besondern Rechts=

kein gültiges Zeugniß ablegen könne, ist außer allem Streit. Ob aber eben das Statt finde, wenn der Advokat den Prozeß abgegeben hat? daran wollen verschiedene Rechtsgelehrte u) zweifeln; aber gewiß ohne allen Grund.

Die Verordnungen der Rechte, nach welchen ein Advokat, in Sachen die seinen Klienten betreffen, nicht zeugen kann, kennen jene Einschränkung nicht. Es heißt in der *L. ult. ff. de testib.* mandatis cavetur, ut praesides attendant, *ne patroni in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicunt*, quod et in executoribus negotiorum observandum est.

§. 2. Damit stimmet auch das geistliche Recht völlig überein, in dem *cap.* 3. *de test. et attest. in* 6. wird ausdrücklich verordnet, daß ein Advokat in der Apellationsinstanz für seinen Klien-

ten

Rechtshändeln, 1ter Th. Nr. 18. S. 510. Quistorps Grundsätze des deutschen peinl. Rechts, Abschn. 7. Hauptst. 4. §. 401. Meisters Erkenntnisse in peinl. Sachen. Dec. 5. Nr. 15.

u) *Carpzov* lib. 3. tit. 9. resp. 92. n. 13. et part. 1. const. 16. def. 59. n. 3. *Coler* decis. germ. part. 2. dec. 241. n. 1. *Berger* oecon. iur. Lib. 4. Tit. 24. th. 3. not. 6.

ten nicht zeugen könne, wenn er demselben in der ersten Instanz bedient gewesen; *in appellationis causa, is qui appellantis procurator vel advocatus in priori iudicio fuerat, non recipiatur in testem.* Eben so redet auch das *c. 3. C. 3. qu.* 4. patrioni quoque in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium non dicunt.

§. 3. Man will nun zwar Gegenseits diese Gesetze von dem Falle verstehen, wenn der Advokat durch seine Aussage entweder einigen Vortheil oder Ehre, oder auch Nachtheil sich zuziehen würde; aber das widerspricht offenbar jenen Worten; denn die Gesetze reden zu allgemein, und sehen keinesweges mit auf jenen Umstand, eben so wenig wie sie darauf Rücksicht nehmen, ob der Advokat seinem Klienten noch bedient ist oder nicht, wie das Wort *praestiterunt* deutlich anzeigt. Mit weit besserm Grunde haben also andre Rechtsgelehrte x) diesem widersprochen; und so wurde auch in einer gewissen Sache, wo der Kläger seinen Advokaten, der ihm vorher in eben derselben Sache bedient gewesen war,

x) *Mevius* part. 8. dec. 56. n. 2. et in iur. Lüb. part, 5. tit. 2. art. 1. n. 2. *Stryk* U. M. tit. de test. §. 6. *Wernher* Tom. 2. p. 6. obs. 292. *Hommel* Rhapf. obs. 211. Neues juristisches Journal, B. 1. H. 1. Nr. 2.

war, nachher aber solche abgegeben hatte, als Zeugen wollte abhören lassen, als ein ungültiger Zeuge verworfen.

---

192. Meditation.

Die *actio suppletoria* wird in 30 Jahren verjähret.

§. 1.

Es ist bekannt, daß die *actio suppletoria* alsdenn Statt finde, wenn diejenigen, welchen der Pflichttheil gebühret, solchen nicht völlig erhalten haben.

Diese Klage unterscheidet sich also von der querela inofficiosi testamenti, nicht nur darin, daß durch dieselbe das Testament nicht aufgehoben wird; sondern daß sie auch weit länger währet, indem die querela inofficiosi testamenti in 5 Jahren, die actio suppletoria aber in 30 Jahren verjähret wird y)

§. 2

y) *Schilter* ex. 14. §. 29. *Gail* lib. 2. obs. 120. *Mynsinger* cent. 2. obs. 72. *Struv* ex. 10. §. 31. *Cocceji* J. C. Tit. de inoff. test. qu. 35. Strube rechtl: Bed. Th. 4. Bd. 96.

§. 2 Verschiedene Rechtslehrer z) wollen zwar dieser Klage keine längere Dauer, als der querela inofficiosi testamenti verstatten, aber gewiß ohne den geringsten Grund. Denn so widerstreitet diese Behauptung, nicht nur der allgemeinen Regel, nach welcher alle persönliche Klagen 30 Jahre dauren; a) sondern auch den Gesetzen selbst. Es heißt in dem §. 3. *I. de inoff. test.* — sin vero quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta: de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest, usque ad quartam legitimae partis repleatur, licet non fuerit adiectum, boni viri arbitratu deberi eam compleri. Aus den Worten *de inofficioso querela quiescente* ist schon klar, daß die actio suppletoria weit länger als jene Klage dauren müsse.

§. 3. Es wird daher auch nicht schwer seyn, auf das gegenseitige Hauptargument zu antworten. Man sagt nämlich: wenn es wahr ist, daß die actio suppletoria, der querela in-

z) *Bartolus* ad leg. 31. C. de inoff. test. *Huber* prael. ad ff. tit. de inoff. test. n. 20.

a) *L.* 3. *C. de praescr.* 30. *annor.* Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales, actiones ultra 30. annorum spatium minime protendantur.

inofficiosi testamenti surrogiret worden, b) so folgt auch daraus, daß sie eben so wie jene in 5 Jahren verjähret werde.

Aber wenn es gleich wahr wäre, — wie es doch nicht ist, — daß die actio supplettoria der querela inofficiosi testamenti surrogiret sey; so ist doch die daraus hergeleitete Folge grundfalsch. Denn das surrogatum nimt keinesweges jederzeit die Natur und Eigenschaft des surrogati an, besonders aber hier nicht, da beide himmelweit von einander verschieden sind. So geht nämlich, wie wir schon angeführet haben, die querela inofficiosi testamenti, auf die Aufhebung des Testaments; sie steht ferner nur dem Enterbten zu, sie findet nicht mehr Statt, wenn der Enterbte das ihm in Testament ausgesetzte Vermächtniß annimt. c) Ganz anders aber verhält

b) *L.* 34. *C. de inoff. test. in fin.* Secundum novellam nostri numinis constitutionem repletio quartae partis nepoti supereſt, si qua patri eius competebat, ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes, vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam herediatem.

c) Das Gegentheil behauptet *Leyser* spec. 93. med. 7. welcher glaubt, daß die L. 8. §.

hält es sich mit der actio suppletoria. Wie kann man also wohl, da so viele Verschiedenheiten zwischen beiden Klagen eintreten, behaupten, daß sie mit jener Klage von gleicher Dauer sey?

---

193. Meditation.

Der Bruder des eingesetzten Erbens, ist ein gültiger Testamentszeuge.

§. 1.

Ein Testament wurde aus dem Grunde als nichtig angefochten, weil der Bruder des eingesetzten Erbens, als Testamentszeuge dabey

§. 10. ff. de inof. test. L. 10. §. 1. et L. 8. §. 1. C. eod. tit. durch die Nov. 115. cap. 3. in fin. et cap. 4. in fin. aufgehoben worden.

Hellfeld in iurisp. for. §. 560. macht hiebei den Unterschied, ob nämlich der Enterbte das Vermächtniß von dem eingesetzten Erben, oder von einem andern annimmt. In dem erstern, nicht aber in dem letzten Falle soll eine stillschweigende Anerkennung des Testaments liegen.

dabei war gebraucht worden, und es entstand daher zwischen dem Intestat- und Testaments-Erben ein Rechtsstreit darüber, ob ein solches Testament gültig sey, oder nicht. Sehen wir hierbei auf die Meinungen der Rechtsgelehrten, so werden wir finden, daß einige d) ein solches Testament für gültig, andere e) aber für ungültig erklären.

§. 2. Wollen wir aber bloß nach den Gesetzen urtheilen, so treffen wir keinen einzigen Grund an, warum wir einen Bruder für einen ungültigen Testamentszeugen, in dem Testamente, worin sein Bruder zum Erben eingesetzt worden ist, halten sollen. Kayser Justinian hat in dem §. 10. *I. de testam.* verordnet, daß Brüder, so lange sie in der väterlichen Gewalt sind, keine Testamentszeugen, in dem

d) *Müller* ad Struv ex. 32. §. 13. *Leyser* sp. 355. corrol. 1. *Otto* de testimonio fraterno testamentario Sect. 2. n. 7. *Cocceji* J. C. tit. qui testam. fuc. poss. qu. 13. *Wernher* Tom. 1. part. 4. obs. 230. n. 3. Strube rechtl. Bedenk. Th. 3. Bed. 90. *Walch* controv. iur. Sect. 7. cap. 4. membr. 3. §. 6.

e) *Carpzov* part. 3. const. 3. def. 7. n. 6. *Brunnemann* ad L. 20. ff. qui testam. fac. poss. n. 7. *Struv* ex. 32. §. 13. *Barry* de succeff. test. et intestat. lib. 1. tit. 1. n. 27. *Stryk* Caut. test. cap. 15. §. 28.

dem Testamente, worin einer von ihnen zum Erben eingesetzt worden, seyn könne. Daraus fließt aber von selbst, daß, wenn sie nicht mehr in der väterlichen Gewalt sich befinden, sie allerdings als gültige Zeugen gelten müssen. Es heißt: *sed neque heres scriptus, neque is, qui in potestate eius est, neque pater eius, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt.*

Mit diesem stimmet auch die Notariats-Ordnung von 1512 Tit. 2. §. 6. überein, nach welcher nur die für ungültige Testamentszeugen erklärt werden, die mit dem Erben in eines andern Gewalt sind.

§. 3. Der Einwurf, den man uns von der Gegenseite macht, daß nämlich Brüder für einander im Gericht kein völlig gültiges Zeugniß ablegen können, und daß hier wegen der besondern Zuneigung, die Brüder gegen einander hegten, das Zeugniß derselben verdächtig mache, bedeutet in der That nichts.

Denn wenn gleich im Gericht ein Bruder kein völlig gültiges Zeugniß für seinen Bruder ablegen kann; so kann man doch von gerichtlichen Zeugen, auf Testamentszeugen nicht immer

mer schließen. Gerichtliche Zeugen müssen die Wahrheit oder Unwahrheit einer Sache bezeugen; bei Testamentszeugen aber, die bloß der Feierlichkeit wegen zugezogen werden, fällt das weg.

Und eben so wenig kann man auch dabey auf die Zuneigung sehen, da es bekannt ist, daß ein Vermächtnißnehmer ein tüchtiger Zeuge im Testament ist, f) obgleich diesem oft mehr daran gelegen seyn muß, ob das Testament gelte oder nicht.

Es wurde deswegen auch in obiger Sache mit Recht auf die Gültigkeit des Testaments gesprochen.

---

194. Meditation.

Ein Testament der Eltern unter Kindern ist ungültig, wenn das Jahr, der Monat und der Tag, wenn es gemacht worden, nicht ausgedrückt ist.

§. 1.

In dem Testamente, welches ein Vater unter seinen Kindern errichtet hatte, waren alle Feier=

f) §. 11. J. de test. ordin. Med. 262 u. 263 in diesem Bande.

Feierlichkeiten, die zu einem solchen Testamente erfordert werden, beachtet, nur fehlte darin das Jahr, der Monat und Tag der Errichtung desselben. g) Es entstand daher unter den Kindern ein Streit, ob ein solches Testament als gültig bestehen könne?

§. 2. Die Novelle 107. Kap. 1. verordnet davon folgendes: *nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes, (quid enim sic proprium est legum, sicut claritas, maxime super defunctorum dispositionibus) volumus, si quis literas sciens, inter suos filios voluerit facere dispositionem primum quidem eius subscriptione tempus declaret: deinde quoque filiorum nomina propria manu: ad hoc uncias in quibus eos scripsit heredes, non signis numero significandas, super totas literas declarandas: ut undique claraе et indubitatae consistant.*

Und

g) Es kommt aber nicht darauf an, ob das Jahr, der Monat und der Tag zu Anfang oder Ende des Testaments, oder in das Testament selbst gesetzt werde, so wie es gleichfalls hinlänglich ist, wenn die Zeit der Errichtung des Testaments mit solchen Umständen beschrieben ist, daß daraus das Jahr, der Monat und der Tag herausgebracht werden kann; z. B. an meinem 50sten Geburtstage. *Richter* decisiones part. 1. dec. 29. Nr. 20.

Und eben diese hier angeführte Stücke, sind in der aus jener Novelle hergenommenen *auth. quod sine C. de testam.* wiederholet, wenn es darin so heißt: *quod sine subscriptione ita procedit, si parens literas edoctus, manu propria, non signis, sed literarum consequentia declaret et tempus, et liberorum nomina, item et unciarum numerum, seu signa rerum specialium, in quo et aliis legari, et fidei committi, et libertas relinqui potest.* — Hierin wird, wie ein jeder von selbst finden wird, ausdrücklich die Beifügung des Jahrs, Monats und Tags zu einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern erfordert. Fehlet daher diese, so ist auch ein solches Testament allerdings ungültig. h)

§. 3. Die, unserer Meinung entgegenstehende, Gründe sind auch nicht von der Beschaffenheit, daß sie eine andre Entscheidung bewirken können. Wir werden uns davon nicht besser überzeugen können, als wenn wir solche hier kürzlich anführen.

Den ersten Grund nimt man aus der *L.* 21. *pr. C. de testam.* her. In diesem Gesetze

h) *Berlich* part. 1. dec. 90. *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 17. *Ritterhus* ad Nov. part. 6. cap. 2. n. 4. *Stryk* caut. testam. cap. 10. §. 14. *Leyser* sp. 367. med. 3. *Wahl* de iusta liber. hered. instituendi forma.

ſetze ſind alle, zu einem Teſtamente erforderlichen Feierlichkeiten angegeben, keinesweges aber zu einem weſentlichen Stücke deſſelben, die Beifügung des Jahrs, Monats und Tags, gerechnet. —

Allein dieſes Geſetz redet nicht von einem Teſtamente der Eltern unter ihren Kindern, ſondern von einem ſolennen Teſtamente. Wie kann man aber von dieſem, auf jenes ſchlieſſen? da bekannt iſt, daß andre Stücke zur Gültigkeit eines ſolennen, andre zu einem privilegirten Teſtamente gehören.

§. 4. Der zweyte Grund der gegenſeitigen Meinung liegt in der *L.* 26. *C. fam. hercisc.* worin es heißt: *inter omnes duntaxat heredes ſuos, qui ex quolibet venientes gradu, tamen pares videntur eſſe, vel emancipatos, quos Praetor ad ſucceſſionem vocat ſive coeptum neque impletum teſtamentum, vel codicillis, ſeu epiſtola parentis eſſe memoretur, ſive quocunque alio modo ſcriptura quibuscunque verbis vel indiciis inveniuntur relictae, iudicio familiae erciscundae (licet ab inteſtato liberi ad ſucceſſionem vocentur) ſervato ſenatus conſulti auxilio, defuncti diſpoſitio cuſtodiatur, etiam ſi ſolennitate legum huiusmodi diſpoſitio fuerit deſtituta.*

Dieſes Geſetz verordnet, daß jeder letzter Wille des Vaters gültig ſeyn ſolle, wenn daraus

nur

nur klar wäre, was er unter seinen Kindern habe verordnen wollen.

§. 5. Wenn wir aber auch annehmen wollen, daß jenes Gesetz des Kayser Konstantins von einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern rede: — da es doch eigentlich von der Theilung der Güter unter den Kindern handelt, — so können wir uns doch um so weniger mehr nach jener Verordnung richten, da solche von Kayser Justinian durch neuere Gesetze in so weit geändert worden ist. Wir brauchen uns nur zum Beweis unsrer Behauptung auf die bereits angeführte Novelle 107. zu berufen. In dieser und zwar in der Vorrede derselben heißt es: *a Constantino divae memoriae lex scripta est per antiquae coniecturae simplicitatem: porro causarum varietas et natura eas frequenter mutans, egere leges illas emendatione nostra praeparavit.* — Da also dadurch jenes Gesetz abgeändert ist, so kann auch unser Fall daraus nicht entschieden werden.

§. 6. Endlich sagt man, die Benennung der Zeit, wann das Testament errichtet worden, sey nur alsdenn nöthig, wenn verschiedne Testamente gemacht wären, so, daß man nicht wissen könne, welches zuerst oder zuletzt errichtet sey.

Aber

Aber wenn dies gleich der Bewegungsgrund des Gesetzgebers sollte gewesen seyn, um auf diese Art allen Zweifeln, wenn mehrere Testamente sollten gefunden werden, vorzubeugen; so kann man doch nicht behaupten, daß, wenn dieser Bewegungsgrund wegfalle, das Gesetz selbst wegfallen müsse.

Aus diesen allen sehen wir, wie wenig Grund die gegenseitige Meinung i) habe, und daß, da sich unsre Meinung auf klare Gesetze gründet, nach solcher auch gesprochen werden müsse. So wie es denn gleichfals ein falscher Schluß ist, wenn man hier von dem Testamente eines Soldaten auf dieses schließen will. Freilich sagt die *L. I. p.* 1. *ff. de testam. mil.*:

> Faciant (sc. milites) testamenta quomodo volent: faciant quomodo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam, nuda voluntas testatoris.

Aber wer weiß denn auch nicht, daß man von einem privilegirten Testamente nicht auf das andre schließen könne?

i) *Card. de Luca* theatr. ver. et iust. tract. de testam. disc. 75. n. 5. *Wesenbec* in cons. part 2. cons. 90. n. 17. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 5. §. 3.

195. Meditation.

Zu einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern, werden gar keine Zeugen erfordert, wenn die Eltern solches eigenhändig geschrieben haben.

§. 1.

Wenn Eltern unter ihren Kindern ein Testament errichten, und solches eigenhändig schreiben, so ist ein solches Testament immer gültig, wenn auch gleich keine Zeugen zugezogen sind. [k]) Dies schließen wir aus der *L.* 21. §. 1. *C. de testam.*, worin es heißt: *ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus.* Was aber hier unter einem *imperfectum testamentum* zu verstehen sey, lehret der Eingang jenes Gesetzes, woraus wir

k) *Gail* lib. 2. obs. 112. n. 7. *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 17. n. 7. *Struv* ex 32. §. 18. 19. *Schilter* ex. 38. §. 131. *Stryk* caut. test. cap. 10. §. 19. *Cocceji* J. C. Tit. de testam. mil. qu. 12. *Wernher* Tom. 1. part. 5. obs. 154.

wir sehen, daß darunter ein solches Testament gehöre, was nicht von Zeugen unterschrieben und untersiegelt worden ist. l)

§. 2. Eben dies giebt die Novelle 107. Kap. 1. nicht undeutlich zu erkennen. In dieser Novelle werden zu einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern, nicht anders als auf dem Fall Zeugen erfordert, wenn die Eltern, die ihnen bei einem solchen Testamente vorgeschriebene Form nicht beobachten, z. B. wenn sie in demselben einer fremden Person ein Vermächtniß hinterlassen haben. Ist daher die ihnen vorgeschriebene Form von ihnen beobachtet, so fallen auch alle andere Feierlichkeiten weg. Wir wollen die Stelle aus gedachter Novelle einrücken: *si tamen aut uxori, aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata aut fideicommissa, aut libertates, et haec propria scripta manu, dictaque a testatoribus, coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt, et volunt valere, sint firma.*

§. 3. Diejenigen Gründe, welche Cujacius m) zur Vertheidigung der gegenseitigen Mei-

l) *Stryk* l. c. §. 9. *Leyser* spec. 367. n. 1.

m) in consultationibus. Consult. 1.

Meinung anführet, beweisen dieselbe keinesweges.

Er sagt nämlich, diejenige letzte Willensmeinung, wozu keine Zeugen zugezogen würden, könne weder ein Testament noch ein Kodicill genannt werden, weil zu einem Testamente sieben, zu einem Kodicille aber fünf Zeugen erfordert würden. Sodann käme das Wort *testamentum* von dem Worte *testis* her, es wäre daher ungereimt, wenn ein Testament ohne Zeugen bestehen sollte.

§. 4. Allein die Schwäche dieser Gründe ist so offenbar, daß sie nicht einmal eine Widerlegung verdienen. Denn fürs erste reden wir hier ja nicht von einem solennen Testamente; fürs zweyte können wir hier auch nichts aus der Herleitung des Worts Testament schließen, da es nicht einmal wahr ist, daß solches von dem Worte *testis*, sondern wie das *pr. I. de testam. ord.* lehrt, von *testatio mentis* herkommt.

§. 5. Der wichtigste Zweifel aber, der uns gemacht werden kann, liegt in dem R. A. von 1512. Tit. von Testamenten. §. 2. worin es heißt: aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen, in dem Fall, da kein ander ihr Testament zuvor gemacht, sol-

solches abgethan wird; oder von Rittern, die zu Feld, und doch nicht im Streit wären, da wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween.

Aber so können wir diese Stelle ganz füglich von einem mündlichen Testamente, oder von dem Falle verstehen, wo es auf den Beweis eines Testaments, ob nämlich solches von den Eltern ist gemacht worden, ankommt. In dem Falle muß dieses von zwey Zeugen erwiesen werden, wenn es an andern Beweismitteln fehlen sollte.

---

196. Meditation.

Das Recht des Vaters, unter seinen Kindern ein privilegirtes Testament machen zu können, geht nicht auf natürliche Kinder.

§. 1.

Wenn ein Vater unter seinen Kindern ein privilegirtes Testament machen will, so darf ich solches nur auf die in der Ehe erzeug-

zeugten Kinder erstrecken; denn in Absicht der natürlichen Kinder gilt ein solches Testament nicht. n) Was aber die Mutter betrift, so stehen ihr nicht bloß wegen ihrer ehelichen, sondern auch in Absicht ihrer unehelichen Kinder gleiche Rechte zu. Der Grund davon liegt darin, weil sowohl eheliche als uneheliche Kinder, der Mutter auf gleiche Art succediren.

§. 2. Verschiedne Rechtsgelehrte o) haben zwar ohne Unterschied den Eltern dieses Vorrecht beilegen wollen. Aber wir werden sehen, daß ihre Behauptung durch keine rechtlichen Gründe unterstützt werde, auch nicht in den Gesetzen gegründet sey.

Denn das Recht der Eltern, unter ihren Kindern ein privilegirtes Testament zu machen, ist ein denselben ertheiltes Privilegium. Ein Pri-

n) *Gail* lib. 2. obs. 112. n. 18. *Schilter* ex. 38. §. 130. *Struv* ex. 32. §. 18. *Böhmer* cons. et resp. Tom. 2. resp. 731. n. 6 *Stryk* caut. test. cap. 10. §. 5. *Cocceji* J. C. Tit. de testam. mil. qu. 8. *Walch* controv. iur. Sect. 2. cap. 4. membr. 3. §. 30.

o) *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 24. *Mevius* Jus Lubec. part. 2. lib. 1. art. 2. n. 14. *Berger* Oecon. iur. lib. 2. tit. 4. §. 6. not. 2.

Privilegium aber darf nicht weiter ausgedehnt werden, als es ertheilet worden ist. p)

Aber woher wissen wir denn, daß dieses Privilegium sich nur bloß auf eheliche Kinder erstrecke? Alle die Gesetze, die jenes Privilegiums erwähnen, reden von Kindern, unter dieser Benennung aber, wenn nämlich nur bloß von Kindern geredet wird, sind nur eheliche, nicht aber uneheliche oder natürliche Kinder begriffen. q) Zwar redet das angeführte Gesetz in den Worten:

Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur.

nur bloß von Söhnen, und so ist auch aus der *L.* 220. *ff. de verb. sign.* klar, daß das Wort Kind sich auch auf Enkel und Urenkel erstrecke.

Liberorum appellatione, nepotes, et pronepotes, caeterique, qui ex his descendunt, continentur.

Aber beides kann uns nicht schaden, denn da in ersterm nur die Söhne genannt werden, die

p) *L.* 141. *ff. de reg. iur.* Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

q) L. 6. ff. de his qui sui vel al. iur. sunt.

die aus einer rechtmäßigen Ehe erzeugt sind; so können wir um so mehr das von dem Namen Kind behaupten, wenn von diesem und seinen Eltern die Rede ist, besonders hier, wo von einem Privilegium geredet wird, dessen Worte einschränkend erklärt werden müssen. Das zweite Gesetz aber beweiset, wie jeder leicht einsehen kann, nichts. Da es übrigens auch bekannt ist, daß eheliche und natürliche Kinder in Absicht des Vaters nicht gleiche Successionsrechte haben; so folgt auch daraus, daß letztere nicht als rechte Kinder des Vaters angesehen werden können.

§. 3. Die Gründe der gegenseitigen Meinung sind diese, man sagt: das Recht der Eltern, unter ihren Kindern ein privilegirtes Testament zu machen, beruhet schon in dem natürlichen Rechte, nach welchem unter ehelichen und unehelichen Kindern, kein Unterschied gemacht wird, und folglich stehen auch dem Vater in Absicht beider, gleiche Rechte zu.

Allein es ist falsch, daß jenes Recht der Eltern schon in dem natürlichen Rechte gegründet sey, da überhaupt das natürliche Recht, das Recht, Testamente zu machen, nicht kennet, r)

und

r) *Achenwal* Jus natur. lib. 1. Sect. 2. tit. 12. §. 40. *Wischer* de testamentis iure na-

und erst durch die bürgerlichen Gesetze, Testamente ihre verbindliche Kraft erlangt haben. Sodann sind auch die Testamente der Eltern unter ihren Kindern durch die bürgerlichen Gesetze eingeführet, wornach also auch dieselben beurtheilet werden müssen.

§. 4. Ferner beruft man sich auf die *L. 4. C. de confirm. tutor*, welcher folgendes verordnet: *naturalibus liberis providentes, damus licentiam patribus eorum in his rebus, quas quocunque modo eis dederint vel reliquerint (scilicet intra praefinitum nostris legibus modum) et tutorem eis relinquere, qui debet apud competentem iudicem confirmari, et ita res gerere pupillares.* Da in diesem Gesetze gesagt wird: daß der Vater auf jede Art seinen natürlichen Kindern etwas hinterlassen könne: so schließt man daraus, daß solches auch in einem privilegirten Testamente der Eltern geschehen könne.

Allein die in jenem Gesetze vorkommenden Worte *quocunque modo*, haben nicht den Verstand, daß es Eltern auch erlaubt sey, auf

naturae ignotis. *Gebauer* de origine testamentar. minime ex iure naturali repetenda.

auf alle und jede Art den natürlichen Kindern etwas zu hinterlassen, also auch in einem privilegirten Testamente: sondern jene Worte sind vielmehr so zu verstehen, daß Eltern sowol bei ihrem Leben, als auch nach ihrem Tode, in einem letzten Willen ihren natürlichen Kindern etwas zuwenden können.

§. 5. Den Grund, den man endlich noch aus der *L.* 6. *ff. de in jus vocando* hernimmt, bedeutet nichts. Es heißt darin: *parentes naturales in ius vocare nemo potest, una est enim omnibus parentibus servanda reverentia.* Denn der Grund jenes Edicts beruhet in der Ehrerbietung, die Kinder ihren Eltern schuldig sind; diese ist aber sowohl bey ehelichen als natürlichen Kindern gleich stark. Der Grund aber des Vorrechts der Eltern, unter ihren Kindern zu testiren, beruhet darin, weil Kinder schon natürliche Erben ihrer Eltern sind, welcher Grund aber bey den natürlichen Kindern wegfällt.

197. Meditation.

Ein Testament der Eltern unter ihren Kindern ist nicht gültig, wenn die darin vermachte Summe mit Ziefern ausgedrückt ist.

§. 1.

Ein Vater hatte in einem Testamente, welches er unter seinen Kindern errichtet hatte, theils die Namen seiner Kinder nicht ausgeschrieben, sondern nur die Anfangs-Buchstaben, z. B. mein Sohn A. F., mein Sohn C. W., meine Tochter H. E. gesetzt; theils die seinen Kindern ausgesetzten Summen mit Ziefern ausgedrückt. Aus diesem Grunde griff daher eines der Kinder das Testament als nichtig an; und es entstand daher die Frage: ob ein solches Testament gelten könne, oder nicht?

§. 2. Diese Frage ist schon durch die Gesetze dahin entschieden, daß Eltern in einem solchen Testamente gehalten seyn sollen, sowohl die Namen der Kinder, als auch die denselben vermachte Summe, mit Worten, nicht

aber

aber mit Ziefern auszudrücken. Mit dieser Entscheidung stimmen auch die mehrsten Rechtsgelehrten s) überein. So wird in der *auth. quod sine C. de testam.* verordnet: *quod sine subscriptione ita procedit, si parens literas edoctus, manu propria non signis, sed literarum consequentia declaret et tempus, et liberorum nomina, item et unciarum numerum, seu signa rerum specialium: in quo et aliis legari, et fideicommitti, et libertas relinqui potest.* Eben so redet auch die Nov. 107. Kap. 1., woraus jene Auth. genommen, wenn es darin so heißt: *deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc uncias in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas literas declarandas, ut undique clarae et indubitatae consistant.*

§. 3. Die Zweifel, welche uns entgegenstehen, und aus welchen verschiedne Rechtsgelehr-

s) *Struv* ex. 32. §. 18. *Stryk* caut. test. cap. 10. §. 15. *Cocceji* cons. et resp. Tom. 2. resp. 600. n. 1. *Böhmer* de script. non legibil. cap. 3. §. 6. *Berger* oecon. iur. lib. 2. tit 4. §. 6. n. 3. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 5. §. 1. Strube rechtl. Bedenk. Th. 4. Bed. 10.

lehrte t) ein solches Testament für gültig halten, sind bald zu heben.

Man sagt: bey einem solchen privilegirten Testamente käme es nur hauptsächlich auf die Gewißheit des Willens an; wenn daher durch den Gebrauch der Ziefern, keine Ungewißheit entstehe; so sey allerdings ein solches Testament für gültig zu achten. Sodann sey in der *L.* 21. *C. fam. herciſc.* verordnet: *ſi cogitatione futurae ſucceſſionis, officium arbitri, dividendae hereditatis praevenienſdo, pater communis iudicio ſuo, qualicunque iudicio ſuam voluntatem declaraverit inter eos.* Imgleichen in der *L.* 26. *C. eod. tit.* in den Worten *ſive quocunque alio modo ſcripturae quibuscunque verbis vel indiciis inveniantur relictae.* Aus welchen allen zu schließen, daß es kein nothwendiges Erforderniß sey, die Namen der Kinder und die denselben ausgesetzte Summe, mit Worten völlig auszuschreiben.

§. 4. Allein der erste Zweifel muß völlig verschwinden, wenn wir nur erwägen wollen, daß

t) *Manzius* de testam. valid. et invalid. lib. 4. qu. 1. n. 5. *Carpzov* part. 3. const. 3. def. 4. *Ritterhus* ad Nov. part. 6. cap. 2. n. 8. *Leyſer* sp. 367. med. 1. *Hommel* Rhapſ. obſ. 354. *Enenckel* de privileg. parent. et liberor. Priv. 15. cap. 1. no. 6.

daß einmal in der Novelle 107. den Eltern eine gewisse Form unter ihren Kindern zu testiren, vorgeschrieben ist, welche sie also zu überschreiten nicht befugt sind. Es kömmt also nicht bloß auf die Gewißheit des Willens, sondern auch darauf an, ob die gehörige Form in einem solchen Testamente beachtet sey.

Was die noch übrigen beiden Gesetze betrift, so haben wir schon kurz vorher gezeigt, u) daß hierin durch die angeführte Novelle eine Abänderung gemacht sey.

198. Meditation.

Wenn Eltern in einem Testamente unter ihren Kindern einer fremden Person etwas vermachen, so muß solches vor 5 Zeugen geschehen.

§. 1.

Wenn ein Testament der Eltern unter ihren Kindern, ohne alle Feierlichkeiten gelten soll; so wird nothwendig erfordert, daß solches bloß unter den Kindern gemacht sey. So=

u) Med. 194.

Sobald einer fremden Person etwas vermacht worden ist, werden zur Gültigkeit des Vermächtnisses, Zeugen erfordert; sind diese nicht zugezogen, so ist ein solches Vermächtniß ungültig, und fällt den Kindern zu. Dies lehret uns die Nov. 107. Kap. 1. wenn sie folgendes verordnet: *si tamen aut uxori aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa, aut libertates, et haec propria scripta manu, dictaque a testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt, et volunt valere, sint firma: nihilo minuenda eo quod videantur in charta scripta, reliquam observationem testamentorum non suscipientia: sed hoc solum immutetur, quod eius manus et lingua habet omnem virtutem chartae praebitam.*

§. 2. Wie viele Zeugen aber alsdenn erfordert werden, ist unter den Rechtsgelehrten streitig, indem einige gar keine, x) andere 5 Zeugen, y) wieder andere aber nur zwei

x) *Schilter* ex 38. §. 125. Hertel politische Thee- und Kaffee-Tasse. Gout. 103. S. 263.

y) *Brunnemann* ad auth. *quod sine* C. de testam. *Stryk* caut. test. cap. 10. §. 24. *Wern-*

zwei z) erfordern. Die zweite Meinung scheinet uns am gegründesten zu seyn. Denn so ist bekannt, daß das Privilegium, welches den Eltern gegeben ist, nur bloß sich auf die Kinder, keineswegeS aber auf Fremde erstrecke. Wollen also Eltern einer fremden Person, in einem Testamente, welches sie unter ihren Kindern errichtet haben, etwas vermachen, so sind sie auch nothwendig an die, in den Gesetzen vorgeschriebnen Feierlichkeiten gebunden. Diese Gesetze aber erfordern zur Gültigkeit eines jeden Vermächtnisses fünf Zeugen, a) und da die

Wernher Tom. 1. part. 1. obs. 239. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 31. §. 4. *Rivinus* de testam. parent. inter liberos coram duobus testibus respectu extraneae personae invalido. *Böhmer* de codicillis absque testibus validis cap. 2. §. 14. *Spiz* D. sistens quaest. quasdam forens. et divexatas qu. 1. 1769. *Körhy* Medit. B. 1. Nr. 12. *Glück* opusc. Fasc. 3. pag. 17.

z) *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 20. *Struv* ex. 32. §. 19. *Cocceji* J. C. Tit. de test. militis qu. 9. *Leyser* spec. 367. n. 6. *Harprecht* de admixt. personae extran. in disp. parent. inter liberos. §. 56. n. 9. Eisenhards Rechtshändel, Th. 7. Nr. 12. S. 339. *Müller* ad Leyser obs. 568. Cramer Nebenstunden, Th. 44. S. 3.

a) *L.* 8. §. 3. *C. de codicil.* In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, *quin-*

die Gesetze desfals ohne alle Ausnahme reden, so finden dieselben auch in diesem Falle ihre Anwendung.

§. 3. Man wird sich noch mehr von der Richtigkeit unserer Meinung überzeugen, wenn wir die Gründe, worauf die gegenseitige Meinung beruhet, anführen, und solche widerlegen.

Man sagt: wenn überhaupt in den Gesetzen zu einer Sache Zeugen erfordert werden, und keine Zahl bestimmt wird; so sind zwei Zeugen hinreichend. b)

Allein ganz anders verhält es sich, wenn Zeugen zum Beweis, ganz anders, wenn sie der Feierlichkeit wegen zugezogen werden müssen. Hier in unserm Falle aber, wo es nicht bloß auf den Beweis, sondern auf eine zu beobachtende Feierlichkeit ankommt, können wir jenes

quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi: sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.

b) *L.* 12. *ff*, *de testib*, Ubi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficient, pluralis enim elocutio, duorum numero contenta est.

jenes Gesetz, welches bloß vom erstern Falle redet, nicht anwenden.

§. 4. Ferner sagt man: die *L.* 8. *§.* 3. *C. de Codic.* wolle zwar, daß ein Vermächtniß vor fünf Zeugen sollte hinterlassen werden, und daß diese Zeugen, wenn das Vermächtniß schriftlich gemacht worden sey, sich unterschreiben sollten. Justinian aber habe in der angeführten Novelle 107. die Unterschrift der Zeugen bei einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern erlassen, und es für hinreichend gehalten, wenn der Testator nur vor den Zeugen aussage: daß er alles dasjenige, was er in dem Testament geschrieben und seine Kinder nicht anginge, wollte gehalten wissen. Da also hier die Unterschrift den Zeugen erlassen sey, so sey auch dadurch zugleich die sonst erforderliche Anzahl der Zeugen mit erlassen.

Allein diese Folge ist ganz unrichtig. Denn da Justinian hier einen Theil der Feierlichkeit erlassen hat; so folgt vielmehr daraus, daß er, da er von keiner bestimmten Anzahl der Zeugen redet, diejenige verstanden habe, die zu einem gültigen Vermächtnisse erfordert werden. Würde er anders solches nicht eben so genau bestimmt haben, wenn er hierin eine Aenderung hätte treffen wollen.

199. Meditation.

Das in einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern, der Frau ausgesetzte Vermächtniß, ist nicht anders gültig, als wenn solches vor fünf Zeugen gemacht ist.

§. 1.

Ein Vater hatte in seinem Testamente, welches er unter seinen Kindern gemacht hatte, seiner Frau ein Vermächtniß von 500 Rthlr. ausgesetzt. Wie die Frau, nach dem Tode ihres Mannes, solches von den Kindern forderte, weigerten sich diese ihr es auszuzahlen, weil dazu keine Zeugen zugezogen waren, und daher ein solches Vermächtniß als völlig ungültig wegfallen müsse.

§. 2. Die Verordnungen der Gesetze sind in diesem Falle ganz deutlich und klar, sie wollen nämlich, daß in einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern, einer fremden Person, das ist, einer solchen, die nicht zu den Kindern gehöret, nicht anders, als in Gegenwart der Zeugen

gen, etwas auf eine gültige Art vermacht werden könne.

Sie schließen auch endlich die Frau, aus der Zahl der fremden Personen nicht aus, sondern begreifen vielmehr selbige mit darunter, c) wie solches die vorhin angeführte Nov. 107. Kap. 1. in den Worten *si tamen aut uxori aut extraneis personis aliquibus etc.* lehret.

§. 3. Bei so klaren Worten der Gesetze werden uns auch die Gründe nicht irre machen können, aus welchen man die gegenseitige Meinung d) vertheidigen will.

Man beruft sich nämlich auf die *L.* 38. *ff. de fideicom. libert.* Der Fall dieses Gesetzes ist folgender: ein Vater hatte in dem Testamente unter seinen Kindern, seiner Amme die Freiheit und Fideicommisse vermacht. Nach dem Tode des Vaters hatten die Kinder die Amme in Freiheit gesetzt, und es entstand daher die Frage, ob die Amme auf die Freiheit und Fideicommisse hätte Anspruch machen können? Paulus, als Verfasser des Gesetzes, entscheidet diese Frage dahin, daß die Amme mit Recht sey losgelassen, und

c) *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 19. n. 6. *Stryk* caut. testam. cap. 10. §. 22. *Wernher* Tom. 1. part. 5. obs. 154. *Frat. Becmannorum* Cons. T. 2. cons. 47. Nr. 4.

d) *Cuiacius* in expos. Nov. ad Nov. 107.

und daß ihr die Fideikommisse geleistet wer= den müsten. Hieraus schließt man nun: wenn der Testirer einer ihm lieben Person, in ei= nem nicht feierlichen Testamente etwas ver= macht hat, so gilt solches auch gegen die Strenge der Gesetze.

§. 4. Um auf diesen Einwurf desto bes= ser antworten zu können, wollen wir das Ge= setz selbst einrücken. *In testamento quod perfectum non erat alumnae suae liber- tatem et fideicommissa dedit, cum omnia, ut ab intestato egissent, quaesiit Impera- tor, an ut ex causa fideicommissi manu- missa fuisset? Et interlocutus est, etiam si nihil ab intestato pater petiisset, pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset, pronunciavit igitur, recte eam manumissam, et ideo fideicom- missa etiam ei praestanda.* Wenn wir auch nicht einmal anführen wollten, daß dieses Ge= setz, falls es uns in der That entgegenstünde, durch die neuern Verordnungen aufgehoben worden sey; so lehret doch der Inhalt desse= ben, daß solches von einem ganz andern Fall rede. Die Kinder hatten den Willen ihres Vaters in einem Stücke erfüllet, da sie die Amme in Freiheit gesetzet, dadurch hatten sie also zu erkennen gegeben, daß sie den Willen ihres Vaters befolgen wollten; sie waren da=

her

her auch schuldig, dem Willen des Vaters überhaupt nachzukommen, und die hinterlassenen Fideikommisse auszuzahlen.

Da unsere Meinung also auf deutliche Gesetze sich stützet, so muste auch in dem angeführten Falle, das Vermächtniß als ungültig erkannt werden.

---

200. Meditation.

Das den Eltern ertheilte Privilegium, unter ihren Kindern ein privilegirtes Testament zu machen, steht den Kindern nicht zu.

§. 1.

Wenn Kinder ein Testament machen, und darin ihre Eltern zu Erben einsetzen wollen, so sind sie an die, in den Gesetzen bestimmten, Testamentsfeierlichkeiten gebunden, und ihnen steht das Privilegium nicht zu, so wie Eltern unter ihren Kindern, ohne alle Feierlichkeiten zu testiren. e)

Der

e) *Carpzov* part. 3. def. 15. nr. 3. *Gail* lib. 2. obs. 112. n. 26. *Struv* ex. 32. §. 20. *Stryk* caut.

Der Beweis hievon liegt theils in den Gesetzen, theils in der Natur der Sache selbst.

Die Gesetze reden nämlich nur bloß von dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern, wie die Worte der *L.* 21. §. 1. *C. de testam.* anzeigen: *ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus.* Womit die Nov. 107. gleichfals übereinstimmet, wenn es daselbst heißt: *dicit itaque lex, oportere morientium voluntates, quando sunt parentes, omnibus modis inter filios obtinere.*

§. 2. Eben so lehret auch die Natur und Eigenschaft der Sache selbst, daß die Testamente der Eltern unter ihren Kindern, zu den besondern Rechten gehören, und bloß zum Besten der Kinder sind eingeführet worden. Dürfen wir aber keine Privilegien, keine einer Person ertheilte Vorrechte auf andre ausdehnen: f) so dürfen wir auch nicht das Vorrecht,

caut. testam. cap. 10. §. 8. Das Gegentheil behauptet *Clarus* in sent. recept. lib. 3. qu. 12. n. 6.

f) *L.* 114. *ff. de reg. iur.* Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentiam — *Conf. L.* 14. *seq. de legib.*

recht, welches den Eltern in diesem Falle ertheilt ist, den Kindern beilegen. Vielmehr müssen wir, da in den Gesetzen mit gar keinem Worte davon Erwähnung geschehen ist, daraus den Schluß herleiten, daß Kinder, wenn sie ein Testament machen, und ihre Eltern darin bedenken wollen, an die vorgeschriebnen Feierlichkeiten gebunden sind.

§. 3. Diejenigen Gründe, woraus man das Gegentheil erweisen will, sind auch nicht so beschaffen, daß daraus eine andre Entscheidung gefaßt werden könnte. Denn der Grund, daß Vater und Sohn als personae correlativae anzusehen wären, und daher auch dasjenige, was dem Vater erlaubt sey, dem Sohn erlaubt seyn müsse, sagt hier nichts; weil jenes Argument, sobald als ein verschiedner Grund in den correlatis selbst ist, nicht Platz findet; und daß dieses hier sey, lehret das vorhergehende. Kinder sind ihren Eltern Hochachtung schuldig, sie sind verbunden ihrem Willen und ihren Anordnungen, wenn beide den Gesetzen gemäß sind, sich zu unterwerfen. Das ist aber bei den Eltern der Fall nicht. Daher kann man auch wohl nicht behaupten, daß hier ein und eben der Grund eintrete, weil den Eltern das Vermögen ihrer Kinder nach dem Tode vor allen andern Blutsverwandten gebühre. Denn die Erbfolge des Ascendenten und Descen-

cendenten ist nicht gleich, da jene in dem Falle nur eintritt, wenn keine Descendenten da sind.

Da also die gegenseitige Meinung sich nur auf so schwache Gründe stützet, so können wir derselben auch nicht beypflichten.

---

201. Meditation.

Die Veräußerung eines Brautschatz-Guts (fundi dotalis) ist ungültig, wenn gleich die Frau nach zwei Jahren in den Verkauf sollte gewilliget haben.

§. 1.

Nach dem julischen Gesetze war es dem Ehemann nicht erlaubt, das Brautschatz-Gut seiner Frau wider ihren Willen zu verkaufen; verpfänden aber konnte er dasselbe gar nicht, auch dann nicht, wenn gleich die Frau darin gewilliget hatte. Dieses Gesetz ging aber nur auf die in Italien liegenden Grundstücke. Justinian dehnte dieses Gesetz nicht bloß auf alle Grundstücke aus, sie mogten in Italien oder in einer andern Provinz liegen, sondern verordnete

auch, daß sowohl der Verkauf, als die Verpfändung eines Brautschatz-Guts, wenn auch die Frau darin gewilliget hätte, ungültig seyn sollte. g)

§. 4.

g) *Pr. I. quib. alien. lic. vel non.* — Cum enim lex in solis tantum modo rebus locum habebat, quae Italicae fuerant, et alienationes inhibebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum rerum, etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quae in provinciali solo positae sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio: ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum convertatur. — *L. un. §. 15. C. de rei ux. act.* Et cum lex Julia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito, non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat: interrogati sumus, si oporteat huiusmodi sanctionem non super Italicis tantummodo fundis, sed pro omnibus locum habere. Placet itaque nobis eandem observationem non tantum in Italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi. Cum autem hypothecam ei etiam ex hac lege donavimus: sufficiens habet remedium mulier et si maritus fundum alienare voluerit. Sed ne et consensu mulieris hypothecae eius minuantur, necessarium est et in hac parte mu-

§. 2. Soll diese Verordnung h) Statt finden, so werden folgende Stücke erfordert. Es muß nämlich der Mann das Brautschatz-Gut ohne Noth veräußert haben, auch die Veräußerung selbst muß zum Nachtheil der Frau gereichen; denn sobald eine nothwendige Ursach eintritt, z. B. wegen Schulden der Frau, so ist die Veräußerung gültig. i)

Es müssen ferner unbewegliche Sachen seyn; denn bewegliche Sachen kann der Mann veräußern. k) Eben dies findet auch alsdenn Statt, wenn die unbeweglichen Güter, die die Frau dem Mann zubringt, in der Absicht taxiret sind,

mulieribus subvenire: hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum hypothecae titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam.

h) *Schiller* ex. 36. §. 95. glaubt, daß jene Verordnung in Deutschland nicht angenommen sey. Allein wenn gleich nach vielen Landesgesetzen, der Verkauf des Brautschatzes, wenn die Frau nach zwei Jahren darin gewilliget hat, gültig ist, so läßt sich darin doch nicht auf die Nichtinception des römischen Rechts in diesem Stücke schließen.

i) *L. 1. pr. ff. de fund. dot. L. 2. C. eod. tit.*

k) L. 42. ff. de iur. dot.

sind, daß künftig die Frau, oder ihre Erben nicht das Gut selbst, sondern den Werth dafür zurück erhalten sollen. l)

§. 3. Aber wenn die Frau in den Verkauf gewilliget, und nach zwei Jahren ihre Einwilligung nochmals wiederholet hat, ist ein solcher Verkauf alsdenn nicht gültig? — Die Rechtsgelehrten beantworten diese Frage nicht auf gleiche Art, einige m) wollen einen solchen Verkauf für gültig halten, andere n) aber nicht. Wir treten hier der letztern Meinung bey. Bey Entscheidung dieser streitigen Frage, kommt es vornämlich auf die richtige Erklärung der Nov. 61. an, weil aus derselben beide Theile ihre Meinung zu erweisen suchen.

§. 4. Jene Novelle verbietet überhaupt sowohl die Veräußerung, als Verpfändung der

zum

l) L. 10. §. 4. ff. de iur. dot.

m) *Voet* ad ff. Tit. de fund. dot §. 6. *Stryk* de iure mariti in bon. uxor. cap. 2. §. 57. *Leyser* sp. 311. med. 3. *Hellfeld* iurispr. for. §. 1252.

n) *Lauterbach* colleg. th. pr. Tit. de fund. dot. §. 16. *Müller* ad Struv ex. 30. §. 21. *Sande* de proh. rer. alien. part. 1. cap. 10. n. 13. *Coler* decis. germ. dec. 223. n. 56. *Cocceji* J. C. de fund. dot. qu. 4. *Wernher* part. 8. obs. 437. Strube rechtl. Bed. Th. 5. Bed. 100.

zum Gegenvermächtniß (donatio propter nuptias) gesetzten unbeweglichen Güter.

Auch selbst, wenn die Frau einmal in den Verkauf gewilliget hat, soll derselbe dennoch ungültig seyn: *consensus enim in talibus aut in hypothecam, aut in venditionem, aut in aliam alienationem conscriptus, percipienti omnino non proderit, si semel consensus fiat.* Nur alsdenn soll der Verkauf bestehen, wenn die Frau nach zwey Jahren ihre einmal gegebene Einwilligung wiederholet hat; denn so heißt es: *sed sicut in intercessionibus scripsimus, ut oporteat biennii tempore existente, et rursus aliam professionem scribi confirmantem consensum: et tunc ratum esse quod factum est.* Jedoch wird bald darauf im §. 3. die Einschränkung zugefügt, wenn nämlich die Frau wegen des Gegenvermächtnisses andre Sicherheit haben sollte. *Veruntamen neque hoc simpliciter damus: sed tunc mulierem ex secundo consensu damno submittimus, dum sunt aliae res, ex quibus possibile est ei satisfieri pro re vel rebus immobilibus quae in antenuptiali donatione continentur, et quae ab alio detinentur, propter alienationis aut suppositionis modum: alioquin si nihil aliud supersit, neque sic loesionem sustinere mulierem permittimus:*

sed

ſed licet ſecundo vel frequenter conſen-tiat, cauſa ad interceſſionis feratur ra-tionem, et ſit omnino ei lucrum ſub cau-tione poſitum niſi apparuerit relictum aliud ſufficiens ad antenuptialis largita-tis quantitatem.

§. 5. So deutlich es iſt, daß dieſe No-velle nur bloß von dem Gegenvermächtniſſe rede; und ſo gewiß es iſt, daß man von Ge-genvermächtniſſen, nicht auf Brautſchatz-Güter ſchließen könne, weil beide von einander ganz verſchieden ſind: ſo hat man dennoch dasjenige, was Juſtinian in gedachter Novelle verord-net, aus der Urſach auf die Brautſchatz-Gü-ter mitziehen wollen, weil es am Ende des §. 3. gedachter Novelle ſo heißt: *et multo potius haec in dote valebunt, ſi quid do-tis aut alienetur, aut ſupponatur, iam enim haec ſufficienter delimata atque ſan-cita ſunt.*

§. 6. Allein, daß wir dieſe Worte nur bloß auf diejenige Verordnung ziehen können, in welcher die Veräußerung des Gegenvermächt-niſſes verboten, nicht aber auf diejenige, da ſolche in dem Falle, wenn die Frau nach zwei Jahren darin williget, gültig iſt, lehren die Worte: *iam enim haec ſufficienter deli-mata atque ſancita ſunt.* Denn wollten

wir

wir dies von dem letztern Falle mit verstehen, so würde solches offenbar dem §. 4. jener Novelle widerstreiten, wo Justinian ausdrücklich sagt: daß alle diejenigen Vorrechte, die in den Gesetzen dem Brautschatze gegeben wären, unverletzt bleiben sollten: *omnibus*, heißt es, *privilegiis iam doti datis in sua firmitate manentibus.*

Da nun in den obigen von uns angeführten Gesetzen (Not. a) jede Veräußerung des Brautschatzes schlechterdings, und ohne auf den Umstand zu sehen, ob die Frau ein oder mehrmal darin gewilliget habe, verboten wird: auch in keinem andern Gesetze keine Ausnahme in dem angeführten Falle gemacht wird: so geht man auch immer sicherer, wenn man bloß bey jenen Gesetzen bleibt, und keine andre Ausnahmen von denselben zuläßt, als die in den Gesetzen selbst enthalten sind. o)

§. 7. Was nun noch die *L.* 22. *C. ad Sctum Velleian.* anbetrift: so sagt dies Gesetz zwar, daß eine von einer Frauensperson übernommene Intercession gültig seyn sollte, wenn

o) Einige als *Wernher* a. a. O. halten den Verkauf für gültig, wenn die Frau ihre zum Verkauf gegebne Einwilligung mit einem Eide bestärkt hat; von andern aber wird diese Ausnahme nicht als richtig anerkannt. *Ludovici* de genuino intell. brocard. omne iussum serv. quod salva salute aeterna servari potest. §. 26.

wenn sie nach zwei Jahren dieselbe wiederholet hätte. *Sin autem post biennium hoc fecerit, sibi imputet, si quod saepius cogitare poterat evitare non fecit, sed ultro firmavit.* — Aber dies Gesetz redet bloß von Interceſſionen. Der Grund, warum solche nicht gelten, beruhet bloß in der weiblichen Unvorsichtigkeit, welche alsdenn wegfällt, auch nicht vermuthet werden kann, wenn sie nachher durch ihre wiederholte Einwilligung die Interceſſion genehmiget. Hier aber liegt der Grund in der Furcht der Frauensperſonen vor ihren Männern, die keineswegen dadurch aufgehoben wird, wenn gleich die Frau nach zwei Jahren in den Verkauf des Brautſchatz-Guts willigen ſollte. Zudem geht das Argument, welches man von der Interceſſion hernimmt, nur bloß auf den Fall, wenn eine Frauensperſon ſich für einen Fremden verbürget; bei der Interceſſion für ihren Ehemann, iſt aber die Ratihabition nach zwei Jahren von keiner Wirkung.

202. Meditation.

Die Verordnung der *L. ult. ff. de rei vindic.* findet heut zu Tage noch statt.

§. 1.

Titius hatte wider den Mevius die Eigenthums-Klage (rei vindicatio) angestellet. Letzter wollte sich auf die Klage gar nicht einlassen, weil er seinem Vorgeben nach, die von dem Kläger geforderte Sache, gar nicht im Besitz habe, er setzte also demselben die Einrede der nicht zustehenden Klage entgegen. Der Kläger suchte zwar durch verschiedne Gründe zu erweisen, daß Beklagter wirklich die von ihm zu vindicirende Sache besitze, und bemühete sich, so jene Einrede zu elidiren. Allein der Beklagte blieb bey seinem Läugnen, daher denn dem Kläger der Beweis, daß Mevius der Besitzer der Sache sey, auferlegt wurde. — Diesen Beweis übernahm Titius, und vollführte denselben auch völlig. p) Es entstand daher die Frage: ob der Be-

p) Dies ist immer erforderlich, wenn die in dem Gesetze bestimmte Strafe eintreten soll; wenn

Beklagte nach Anleitung der *L. ult. ff. de rei vindic.* anzuhalten sey, dem Kläger die vindicirte Sache herauszugeben?

§. 2. Jenes Gesetz verordnet nämlich, daß, wenn jemand den Besitz einer Sache abläugnet, und er nachher überführet werden kann, daß er die Sache besitze, zur Strafe seines Läugnens gehalten seyn solle, den Besitz dem Kläger einzuräumen, auch alsdenn, wenn dieser gleich sein Eigenthum nicht erwiesen habe. Das Gesetz selbst lautet so: *in rem actionem pati non compellimur: quia licit alicui dicere, se non possidere, ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit.*

§. 3. Alle diejenigen Erfordernisse, unter welchen dieses Gesetz seine Anwendung findet, waren im gegenwärtigen Falle da. Nur kam es darauf an, ob diese Verordnung auch von uns angenommen sey, folglich darnach gesprochen werden könne. Es giebt zwar Rechtsgelehrte q), die dies in Zweifel ziehen wollen, aber

wenn also etwa der Beweis nur angetreten ist, und der letzte den Besitz eingesteht, fällt solche weg.

q) *Regner ab Oosterga* observ. ad L. ult. de rei vind. *Grönwegen* ad L. 76. ff. de rei vind. n. 1.

aber gewiß ohne Grund. Jenes Gesetz enthält nichts unbilliges, sondern ist vielmehr in allem Betracht heilsam und nützlich. Es ist unserer Staatsverfassung nicht zuwider, und da wir in dem Falle immer so lange für den Gebrauch des römischen Rechts vermuthen müssen, bis das Gegentheil erwiesen ist; so kann man auch wohl nicht behaupten, daß dieses Gesetz bey uns keine Anwendung finde, besonders da verschiedne Rechtsgelehrte r) bezeugen, daß nach demselben gesprochen sey.

§. 4. Es wurde daher auch in dem obigen Falle dem Beklagten aufgegeben, dem Kläger die von demselben vindicirte Sache herauszugeben. Aber hier entstand wieder ein neuer Streit. Der Beklagte schrieb sich nämlich ein Eigenthum auf jene Sache selbst zu. Wer sollte hier nun den Beweis des Eigenthums führen, der Kläger oder der Beklagte? oder erhielt der Kläger nicht zugleich mit dem Besitz das Eigenthum, und war daher ein fernerer Beweis nicht überflüssig? Dies letztere kann

r) *Struv* ex. 11. §. 14. *Stryk* U. M. Tit. de rei vind. §. 6. *Böhmer* introd. in ius dig. eod. tit. §. 8. *Wernher* part. 1. obs. 150. et Tom. 3. p. 3. obs. 64. *Hommel* Rhapf. obs. 184. *Stryk* de abbrev. proc. per poenam mendacii. *Horn* de poena inficiantis possessionem.

kann man wohl nicht behaupten, weil der Kläger nichts weiter als den Besitz erlangt, und zugleich den Vortheil dabei erhält, den so schweren Beweis seines Eigenthums nicht führen zu dürfen. Dieser Beweis liegt also jetzt dem Beklagten ob, und dies ist die Strafe, die er sich durch sein Läugnen zugezogen hat. s)

203.

s) *Nov.* 18. *cap.* 10. Si quis enim conventus fuerit res habere alterius, ille vero dicit res non esse illius de quo dicit actor, et cogatur qui actionem infert, aut documentis, aut testibus, aut aliis uti laboribus, ut ostendat res illius esse: postea vero is qui semper abnegaverat illius hoc non fuisse, uti voluerit illius iure, et dicere quia ex hypotheca aut aliis causis in illam personam relatis, propinquior est, quam ille qui causam movet: aliae quidem sententiae vacent quae prioribus nostris placuerunt: mediocris autem quaedam et clemens et ipsi causae conveniens poena abnegantibus inferatur, pro abnegatione namque circa hoc, et actoris laboribus dum adhuc causa dicitur, ad actorem transferatur, rerum de quibus est quaestio facta, possessio, licentiam habente eo qui hanc reddet; si qua iura habeat ex illa persona de qua prius negationem passus est, competentia sibi haec proponere, et legum iustitiam promereri, poena in sola translatione possessionis constituta. — *Brun-*

203. Meditation.

Durch die Erbpacht erlangt man kein Eigenthum an der in Erbpacht habenden Sache.

§. 1.

Erbpacht ist derjenige Kontrakt, wodurch einem der Gebrauch einer Sache, gegen einen jährlich zu bezahlenden gewissen Zins, für sich und seine Erben überlassen wird, doch so, daß das Eigenthum der im Erbpacht gegebenen Sache, bey dem Erbverpächter bleibt.

Die Erbpacht unterscheidet sich in vielen Stücken von dem Erbzinsrechte. Denn so hat der Erbzinsmann ein nutzbares Eigenthum an dem Erbzinsgute; er bezahlet jährlich nur einen gewissen Kanon zur Anerkennung des Obereigenthums; er muß in dem Falle, wenn ein neuer Erbzinsherr das Erbzinsgut erhält, das gewöhnliche Landemium bezahlen. Und

so

Brunnemann ad L. ult. ff. de rei vindic. n. 7. *Gundling* de rei vindicatione ex iure romano et patrio cap. 1. §. 19.

so treten noch mehrere Unterschiede bei beiden Kontrakten ein, t) die wir hier aber nicht alle anführen können.

Wir haben schon bei der Erklärung, die wir von der Erbpacht gegeben haben, bemerket, daß das Eigenthum an der Sache selbst der Erbverpächter behalte. u) Diese unsere Behauptung stimmet mit dem Endzwecke und der Absicht beider Theile, sowohl des Erbverpächters, als Erbpächters, völlig überein. Denn niemand wird wohl behaupten können, daß es bey diesem Kontrakte der Wille und die Meinung des Erbverpächters gewesen sey, das Eigenthum an der Sache selbst fahren zu lassen, und solches dem Erbpächter zu übertragen. Eben so wenig auch kann man dies wohl von dem Erbpächter behaupten, dessen Absicht nur bloß diese ist, die Nutzungen der Sache, gegen den jährlich zu erlegenden Zins, zu ziehen.

Sollen wir nun bei einem jeden Kontrakte auf den Endzweck und die Absicht der Kontrahen-

t) *Stryk* U. M. Tit. loc. cond. §. 51.

u) *Struv* ex. 24. §. 18. *Sande* decis. Frisicae lib. 3. tit. 6. def. 10. n. 8. *Wege* de locat. cond. cap. 12. n. 109. *Stryk* l. c. §. 61. *Ludewig* ius client. Sect. 3. cap. 4. §. 8.

denken sehen, x) liegt hier aber bloß der Endzweck, die Sache zu vermiethen, nicht aber zu veräußern, zum Grunde: so können wir auch, ohne dagegen anzustoßen, dem Erbpächter kein Eigenthum zuschreiben.

§. 3. Aber selbst die Gesetze reden zu klar für unsre Meinung, sie sagen ausdrücklich, daß durch keine Pacht das Eigenthum verändert werde. y) Diese Gesetze können wir nicht bloß von einer solchen Pacht verstehen, die auf eine gewisse Zeit eingegangen ist. Denn so reden jene Gesetze ganz allgemein, und ohne Unterschied, sie würden auch in der That überflüßig und unnütz seyn, wenn man sie bloß auf eine, auf eine gewisse Zeit eingegangne Pacht einschränken wollte, weil es sich wohl noch keiner hat einfallen lassen, dem Pächter ein Eigenthum an der in Miethe habenden Sache beizulegen.

§. 4.

x) *L.* 8. *pr. ff. mand. in fin.* — Unius cuiusque enim contractus initium spectandum et causam.

y) *L.* 39. *ff. loc. cond.* Non solet locatio dominium mutare. *L.* 80. *§. ff. de contr. emt.* Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.

§. 4. So giebt es endlich in den Gesetzen selbst Beispiele genug, wo von der Erbpacht geredet, und dabei gesagt wird, daß der Erbpächter durch dieselbe kein Eigenthum erlange. Wir wollen diese Gesetze selbst anführen. So verordnet die *L.* 1. *§.* 1. *ff. si ager vectig. id est emphyteutic.* folgendes: *qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.*

Dies Gesetz sagt deutlich, daß derjenige, der auf beständig eine Sache gepachtet habe, dadurch nicht Herr derselben werde. Die Zweifel, die man von der Gegenseite bei diesem Gesetze macht, werden wir schicklicher unten anführen und beantworten.

§. 5. Eben dies zeigt die *L.* 10. *C. loc. cond.* nicht undeutlich an: *viam veritatis ignoras, in conductionibus non succedere heredes conductoris existimans: cum sive perpetua conductio est, etiam ad heredes transmittatur, sive temporalis intra tempora locationis heredi quoque onus contractus incumbat.* Wir sehen hieraus, daß in diesem Gesetze kein Unterschied unter

der

der Erbpacht, und unter einer, auf gewisse Jahre eingegangnen Pacht gemacht werde. Ferner wäre es überflüssig gewesen, den Zweifel: ob eine Erbpacht auch auf Erben gehe, zu beantworten, da sich das von selbst verstanden hätte, wenn durch die Erbpacht das Eigenthum erlangt würde.

§. 6. Da wir unsre Meinung, wie wir glauben, hinlänglich werden bewiesen haben: so wollen wir nunmehr die Gründe, die sich die Gegner [3]) zur Vertheidigung ihrer Meinung zu bedienen pflegen, kennen lernen.

Wenn in der *L.* 20. *C. loc. cond.* verordnet ist: *qui rem propriam conduxit existimans alienam, dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit:* so zieht man daraus diese Folge; wenn also jemand nicht seine eigne, sondern eine fremde Sache miethet, so wird dadurch das Eigenthum übertragen. — Aber die Schwäche dieses a contrario sensu her-

3) *Bachov* ad Treutler disp. 29. §. 4. *Garsias* de expensis cap. 14. n. 1. *Carpzov* lib. 5. tit. 3. resp. 17. n. 10. *Donellus* com. iur. civ. lib. 9. cap. 13. in fin. *Stephani* de iurisdictione lib. 3. part 1. n. 12. *Brunnemann* ad L. 19. C. loc.

hergenommenen Arguments ist bald einzusehen. Denn fürs erste beweiset ein a contrario sensu hergenommener Schluß nichts, sobald andre Gesetze demselben entgegenstehen. Daß dies aber hier der Fall sey, ist aus obigem klar. Fürs andre wird nicht in dem, in jenem Gesetze angeführten Falle, das Eigenthum aus dem Grunde übertragen, weil die Pachtung einer eignen Sache nicht gilt: sondern vielmehr deswegen, weil dadurch, daß jemand seine eigne Sache gepachtet hat, die Absicht nicht gehabt haben kann, das Eigenthum derselben auf den Verpächter zu bringen.

§. 7. Auf gleiche Weise entscheidet auch die *L.* 1. *§.* 3. *ff. de superf.* nichts zu gegenseitigen Vortheil. Es heißt daselbst: *Quod ait Praetor, si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo, sic intelligendum est: ut si quis ad tempus superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem in rem actio competet.* Weil hier, so wie auch in der für unsre Meinung angeführten *L.* 1. *§.* 1. *ff. si ager vectig. etc.* gesagt wird, daß demjenigen, der auf eine lange Zeit eine Sache gepachtet habe, eine dingliche Klage desfals zustehe, so glaubt man auch, daß er um deswegen das Eigenthum an der Sache selbst haben müsse.

Al=

Allein, daß hier sowohl, wie in der L. 1. §. 1. ff. *si ager vectig.* nicht von der actio directa, sondern von der utilis die Rede sey, ist sowohl aus der angeführten *L.* 1. §. 4. ff. *de superf.*, als auch aus dem §. 1. desselben Gesetzes klar. Denn so heißt es: *is autem in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo.* Da nun die actiones utiles nicht aus dem nutzbaren Eigenthum, sondern aus dem Rechte, das einer auf eine fremde Sache hat, herrühren; so kann man auch nicht behaupten, daß, wer eine actio in rem utilis habe, auch Herr der Sache seyn müsse. a)

§. 8. Der Grund, den man endlich aus der *L.* 31. ff. *loc. cond.* hernimmt, bedarf keiner Widerlegung, weil aus dem Gesetze klar ist, daß daselbst von einer solchen Vermiethung die Rede sey, wo die Kontrahenten mit einander eins geworden sind, daß nicht eben dieselbe in Miethe gegebne, sondern eine andre Sache von eben der Art wie die erstere, wieder erstattet werde.

Indessen können wir nicht unangeführt lassen, daß es, wie auch Stryk b) bemerkt, rath-

a) §. 4. J. de act.
b) Caut. cont. S. 2. cap. 9. §. 6.

rathsam sey, dem Erbpacht=Kontrakte die Bedingung beizufügen, daß derselbe alle neun Jahr renoviret werden solle. Hiedurch wird wenigstens den Streitigkeiten, die sonst darüber entstehen können, vorgebeugt.

---

204. Meditation.

Wegen einer begangnen Blutschande kann der Vasall seines Lehns nicht für verlustig erkannt werden.

§. 1.

Ein Lehnsherr wollte um deswegen das Lehn einziehen, weil sein Vasall mit seiner Stieftochter sich fleischlich vermischt, folglich eine Blutschande begangen hatte. Das Verbrechen selbst war unleugbar, nur kam es hier auf die Frage an, ob dies eine gegründete Ursach sey, dem Vasallen das Lehn zu entziehen? Die Rechtsgelehrten sind darüber nicht gleicher Meinung; viele, c) besonders aber äl=

c) *Rosenthal* Synt. iur. feud. cap. 10. concl. 37. *Schrader* de feudis part. 9. cap. 3. *Struv* synt. iur. feud. cap. 15. §. 10. n. 3. *Antonii* disp. feudal. disp. 11. §. 7. lit. e.

ältere, halten dafür, daß wegen einer Blutschande, die mit einer solchen Person begangen ist, welche man nach den göttlichen Gesetzen nicht heirathen durfte, der Vasall seines Lehns, doch nur in der Art, für verlustig erkannt werden könne, daß das Lehn nicht dem Lehnsherrn, sondern den Kindern, oder nächsten Agnaten des Vasallen, zufalle. Andre d) aber, und besonders neuere Rechtsgelehrte leugnen solches.

§. 2. Welche Meinung von diesen beiden zu befolgen sey, werden wir daraus beurtheilen können, wenn wir die Gründe von beiden Seiten gegen einander halten, und mit einander vergleichen.

Daß überhaupt in dem Lehnrechte kein Gesetz anzutreffen sey, welches die Blutschande zu den Ursachen, weswegen man sich eines Lehns verlustig macht, rechnet, gestehen selbst die von unsrer Meinung abweichenden Rechtsgelehrte. Dies Stillschweigen der Gesetze giebt gewiß schon einen wichtigen Grund ab, woraus man schließen kann, daß die Gesetze keinesweges die Blutschande für ein solches Verbrechen wollen gehalten wissen, worauf auf-

ser

d) *Horn* iurispr. feud. cap. 23. §. 17. *Beyer* delin. iuris feud. cap. 9. pos. 34. not. m. *Wernher* part. 1. obs. 4.

ser der darauf gesetzten peinlichen Strafe, auch noch der Verlust des Lehns stehen soll.

§. 3. Der Verlust des Lehns ist überhaupt, wie jeder zugeben wird, eine Strafe. Neue Strafgesetze aber, ohne die geringste gesetzliche Verordnung für sich zu haben, zu ersinden, ist unerlaubt und widerrechtlich. Unerlaubt, weil es sonst in der Willkühr des Richters beruhte, neue Strafe zu ersinnen. Widerrechtlich, weil die Gesetze überhaupt keine Ausdehnung der Strafgesetze verstatten, sondern ausdrücklich befehlen, solche einzuschränken. c) Besonders aber findet diese Regel hier um so mehr Statt, da der Blutschänder wegen seines Verbrechens, durch andre Gesetze bestraft wird, und also keine doppelte Strafe leiden kann. Und so muß man auch, da nach der jetzigen Lehnsverfassung die Lehne selten ohne Entgeld ertheilet werden, mehr auf die Erhaltung der Rechte des Vasallen Rücksicht nehmen.

§. 4. Das sind die Gründe, die uns bewogen haben, so zu urtheilen. Wir wollen aber auch, um desto mehr die Richtigkeit unsrer

c) *L.* 42. *ff. de poen.* Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae. *Conf.* L. 155. ff. §. 2. de poen. Cap. 15. de reg. iur. in 6.

frer Meinung festzusetzen, die gegenseitigen Gründe kennen lernen.

Man setzet uns also erstlich die Nov. 12. Kap. 1. entgegen, worin auf die Blutschande die Strafe der Konfiscation der Güter gesetzt ist.

Allein folgt denn daraus, daß um deswegen auf dieses Verbrechen auch der Verlust des Lehns stehe; lassen sich denn beide Strafen nicht ohne einander gedenken; und wo ist es endlich verordnet, daß der Verlust des Lehns, eine Folge der Konfiscation der Güter sey? Dies muß man erst beweisen, ehe man aus jenem Gesetze etwas schließen will.

§. 5. Eben diese Antwort findet auch auf das zweite gegenseitige Argument, welches man aus 2. *feud.* 56. hernimt, Statt. Dieser Tittel enthält unter andern auch dieses, daß desjenigen Güter, der eine Blutschande begangen hat, konfisciret werden sollten.

Allein da wird bloß von der Konfiscation der Allodial-Güter geredet, welches schon daraus ersichtlich ist, weil solche dem Fiscus zugeschrieben werden. Lehngüter aber, wenn sie eingezogen werden, fallen bekannten Rechten nach, nicht dem Fiskus zu.

§. 6.

§. 6. Endlich bezieht man sich auf 2. *feud.* 24. Woraus man beweisen will, daß die Ursachen, weswegen einer des Lehns verlustig werden kann, dem Gutbefinden des Richters überlassen wären. — Aber dies ist nicht so schlechterdings geschehen, auch nicht so zu verstehen, als wenn jede Ursache, wenn solche nur dem Richter hinlänglich scheine, dazu hinreichend sey, da, wie es in diesem Tittel heißt, nicht jede Ursache, die dem guten Namen des Vasallen schadet, den Vasallen des Lehns verlustig machen kann. Ja, da selbst nicht ein jeder von den Vasallen begangner Todschlag, ihn des Lehns unwürdig machen kann, f) wie viel weniger denn eine begangne Blutschande, die doch ein geringeres Verbrechen, als der Todtschlag ist.

---

205. Meditation.

Die Eideszuschiebung findet auch bey den Injurien Statt, wo auf einen Widerruf geklagt wird.

§. 1.

Titius war von dem Mevius auf das gröbste injuriiret worden; ersterer klagte daher

f) 2. feud. 37.

daher gegen den Mevius, und verlangte, daß der Injuriant vor öffentlichem Gerichte einen Widerruf wegen der, gegen ihn ausgestoßenen Injurien thun solle. Daß hier die auf einen Widerruf gehende Injurien-Klage nicht Statt finden sollte, daran war gar nicht zu zweifeln. Nur wurde darüber gestritten, ob Titius dem Mevius, welcher die Injurie schlechterdings abläugnete, desfals einen Eid zuschieben könne.

§. 2. Daß hier keine Eideszuschiebung Statt finde, behauptete der Injuriant, und wollte sich daher auch nicht auf den ihm zugeschobnen Eid einlassen. Zum Beweis dieser seiner Behauptung führte er an, daß überhaupt in peinlichen Sachen keine Eideszuschiebung zuläßig sey, sondern andere deutliche Beweismittel erfordert würden. Sodann sey es auch unbillig, daß es einem jeden frei stehen solle, in Sachen, wo wenigstens der gute Nahme Schaden leiden könne, zu dem Eide seine Zuflucht zu nehmen. Und so verwürfen endlich auch die bewährtesten Rechtsgelehrten g) in Injurien-Sa-

g) *Cothmann* vol. 2. conf. 82. n. 98. *Coler* decis. germ. dec. 141. n. 7. *Carpzov* part. 1. const. 22. def. 2. *Idem* in resp. lib. 3. resp. 44. n. 25. *Idem* pr. rer. crim. part. 2. qu. 95. u. 67.

Sachen, wo auf den Widerruf geklagt werde, die Eideszuschiebung.

§. 3. Aber diesem allen ungeachtet, wurde Mevius schuldig erkannt, sich auf den Eid einzulassen. Denn so ist es bekannt, daß in jeden Sachen, h) wo nicht peinlich geklagt wird, sondern wobei nur bloß allein das Privat-Interesse des Klägers zum Grunde liegt, alle und jede Beweismittel, und folglich auch der Eid, zulässig sind. i) Daß aber die, auf einen Widerruf gehende Klage, nicht zu den

h) Beispiele davon findet man in diesen Medit. B. 5. M. 295. B. 7. M. 365. B. 9. M. 450.

i) *L.* 3. §. 1. *ff. de iureiur.* Quacunque autem actione quis conveniatur, si iuraverit, proficiet ei iusiurandum: sive in personam, sive in rem, sive in factum, sive poenali actione, vel quavis alia agatur, sive de interdicto.

L. 25. §. 3. *ff. de prob.* In omnibus autem visionibus, quas praepositimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso pro culumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita sententiam suam possit formare, iure referendae religionis, ei servando.

den peinlichen Klagen gehöre, [k]) ist wohl nicht zu läugnen, da gar keine peinliche Bestrafung dabey zum Grunde liegt. Und gesetzt auch, man wollte jene Klage zu den peinlichen mitrechnen, so würde dennoch aus dem Grunde, der Eid Statt finden müssen, weil dieselbe nicht auf eine körperliche Strafe geht. Dieser Meinung sind auch die neuern Rechtsgelehrten [l]) zugethan.

§. 4. Hiedurch sind auch zugleich die gegenseitigen Einwürfe mit beantwortet, so, daß wir nicht nöthig haben, solche besonders zu widerlegen. Glaubt jemand, daß ihm nur aus Bosheit der Eid zugeschoben werde, so kann er ja immer auf die Ablegung des Eides für die Gefährde bestehen, und so sich hinlänglich sichern, daß der andre ihm nicht aus böslicher Absicht den Eid zuschiebe.

k) *Meister* princ. iur. crim. Tit. de iniur. §. 9.

l) *Stryk* U. M. Tit. de iureiur. §. 29. *Cocceji* J. C. eod. tit. q. 35. *Wernher* part. 1. obs. 293.

206. Meditation.

Frauenspersonen können in ein Frei=Lehn (feudum francum) nicht succediren.

§. 1.

Frei=Lehn (feudum francum) gehöret zu den uneigentlichen Lehnen, und ist dasjenige Lehn, welches dem Vasallen frey von allen Diensten gegeben ist.

Ob nun in ein solches Lehn, nach Ausgang des Manns=Stamms, Frauenspersonen succediren, darüber sind die Rechtsgelehrten m) nicht

m) Es behaupten solches *Clarus* recept. sent. §. feudum qu. 73. n. 7. *Hartm. Pistor.* quaest. iur. lib. 2. qu. 34. n. 29. seq. *Carpzov* part. 3. const. 28. def. 12. *Struv* synt. iur. feud. cap. 9. §. 8. n. 2. *Stryk* de succeff. ab intest. diff. 1. cap. 3. §. 7. *Horn* iurispr. feud. cap. 26. §. 26.

Hingegen verneinen es *Rosenthal* de feud. cap. 7. concl. 34. n. 10. *Schrader* de feudis part. 7. cap. 4. n. 11. *Schilter* de natur. succ. feudal. cap. 2. §. 20. *Wernher* part. 4. obs. 114. *Berger* elect. discept. forens. p. 1328.

nicht einig. Wir treten der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten bei, die die Frauensperſonen von der Succeſſion in ein ſolches Lehn ausſchließen.

§. 2. Sehen wir hier auf die allgemeine Regel des Lehnrechts, nach welcher überhaupt Frauensperſonen in ein Lehn nicht ſuccediren können: n) ſo können wir auch ſo lange bei dieſer Regel bleiben, bis eine Ausnahme davon in den Geſetzen gemacht worden iſt. Aber dieſe Ausnahme iſt in Anſehung des Freilehns nirgend gemacht. Denn ob zwar bei einem ſolchen Lehne gar keine Dienſte geleiſtet werden; ſo folgt doch daraus noch nicht, daß um

n) 1. *feud.* 1. §. 3. Hoc autem notandum eſt, quod licet filiae ut maſculi, patribus ſuccedant: legibus tamen a ſucceſſione feudi removentur, ſimiliter et earum filii, niſi ſpecialiter dictum fuerit, ut ad eas pertineat. 1. *feud.* 8. §. 2. Filia vero non ſuccedit in feudo, niſi fuerit inveſtitura facta in patre, *ut filii et filiae ſuccedant in feudum;* (tunc enim ſuccedit filia filiis non extantibus,) vel niſi inveſtitae fuerint. Haec de hoc feudo paterno. In alio vero feudo, quod habuit initium tantum a fratribus, non ſuccedit unus alteri, ſive una inveſtitura, ſive duabus: niſi hoc fuerit dictum expreſſim, ut alter alteri ſuccedat.

um deswegen in Ansehung der Succeßion auch ein anders hier Statt finde.

Denn fürs erste ist die Leistung der Dienste nicht bloß die einzige Ursache, warum Frauenspersonen nicht lehnsfähig sind. Fürs andre müssen uneigentliche Lehne (feuda impropria) einschränkend erkläret werden, und da, wo sie nicht ausdrücklich von der Natur und Eigenschaft der eigentlichen Lehne abweichen, darf man auch nicht ein anders behaupten. o)

§. 3. Ueberhaupt treffen wir in dem Lehnrechte nur zwei Ausnahmen an, in welchen den Frauenspersonen die Succession in ein Lehn zugestanden wird, nämlich diese: wenn das Lehn un-

o) 2. *feud.* 48. Si quis ea lege alicui feudum dederit, *ut ipse et sui heredes, et cui ipse dederit habeant:* respondeo, iste, qui sic accepit, poterit id vendere, aut donare, vel aliter, si sibi placuerit, etiam sine voluntate domini, alienare, et ille etiam cui datum fuerit, non habebit ipsum pro feudo nisi sicut ei datum est. Sed qualitercunque ei datum fuerit, *sive ad proprium, sive ad libellum:* licet propriam feudi naturam non habeat, iure tamen feudi censebitur, ut ex his causis ipsum amittat, quibus et verum feudum. Ubi ergo sic datum est feudum, *et cui in feudum dederis*, aliud est, et propriam feudi naturam habet.

unter der Bedingung gegeben ist, daß Frauenspersonen darin succediren sollen: x) oder wenn es ein Frauenslehn ist, das ist, wenn eine Frauensperson solches zuerst erworben hat q)

Sollte nun das Frey-Lehn unter den Ausnahmen mitbegriffen seyn, so würde gewiß diese in den Gesetzen anzutreffen seyn. Allein, die der gegenseitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehrten, führen zum Beweis derselben Gründe an, die wir noch müssen kennen lernen.

§. 4. Man berufet sich auf 2. *feud.* 104. wo es heißt: *si cui militi ad certum servitium feudum datum fuerit, isque relicta a se descendente foemina, decesserit, quae id servitium iuxta feudi conditionem non minus decenter praestare possit quam masculus, et si in investitura minime cautum sit, ut et foeminae ad id aspirare valeant, eam tamen admitti recte putamus, quinimo hoc casu, simul cum masculo in feudo eam succedere quidam putant, quod multo*

x) S. die in der Not. n. angeführte Stellen.

q) 2. *feud.* 50. *pr.* Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedunt, verbi gratia pater filio, inferius vero filius patri succedit, et non filia, *nisi ex pacto, vel nisi sit foemineum.*

multo magis dignum obſervantia exiſtima-mus, cum feudum ſic datum eſt, ut nullum pro eo ſervitium fiat, ut pleraque hodie feuda dantur.

Hier wird allerdings den Frauensperſonen die Succeſſion in das Lehn, auf den Fall gegeben, wenn ſolches ein Frey-Lehn iſt.

Wir würden der Entſcheidung, die wir in jenem Kapitel antreffen, beitreten, wenn wir nicht aus andern Gründen bewogen würden, davon abzuweichen. — Jenes Kapitel gehöret nämlich zu den ſogenannten capitulis extraordinariis, die bekanntlich, in ſo fern ſie von dem Lehnrechte abweichen, nicht die Kraft eines Geſetzes haben. Und daß dieſes hier der Fall ſey, iſt oben gezeigt.

§. 5. Ferner ſagt man: da bei einem Frey-Lehne, der Grund, warum Frauensperſonen in das Lehn nicht ſuccediren können, wegfällt; ſo folgt auch, daß ſie bei dergleichen Lehnen allerdings zur Succeſſion zugelaſſen werden müſſen. — Wenn wir gleich zugeben, daß die Leiſtung der Dienſte ein Grund mit ſey, weswegen Frauensperſonen von der Succeſſion in Lehngüter ausgeſchloſſen ſind; ſo folgt doch noch nicht daraus, daß, wenn dieſer Grund ceſſiret, die ganze geſetzliche Verordnung ceſſiren

ten müsse. Vielmehr muß man immer so viel möglich, bei der im Lehnrechte festgesetzten Successions-Ordnung bleiben, und nicht anders davon abgehen, als wenn die Gesetze selbst eine Ausnahme davon gemacht haben.

---

207. Meditation.

Eine Hypothek, worin der Gutsherr nur auf eine gewisse Zeit gewilliget, erlöscht mit Ablauf der Zeit, wenn gleich die clausula cassatoria der Bestätigung derselben nicht beigefügt ist.

§. 1.

Titius hatte dem Mevius ein Kapital von 200 Rthlr. vorgestrecket. Zur Sicherheit dieser Fordrung wurden ihm, mit Bewilligung des Gutsherrn, einige Grundstücke zur Hypothek gesetzt, auch die darüber errichtete Pfandverschreibung von demselben gerichtlich bestätiget. Doch war die Einwilligung, wie auch die Bestätigung des Gutsherrn nur auf 6 Jahre ertheilet. Nach Ablauf dieser Zeit, klagte Titius wider den Mevius auf die Bezahlung des Kapitals. Weil aber sich mehrere Gläu-

biger meldeten, entstand über des Mevius Vermögen ein Konkurs. In dem in dieser Konkurs-Sache abgefaßten Klassifikations-Urtheile, war der Titius mit seiner Forderung unter die chirographarischen Gläubiger gesetzt, weshalb er jenes Urtheil als nichtig anfocht.

§. 2. Aus der von dem Titius beigebrachten Pfandverschreibung, war ersichtlich, daß der Gutsherr zwar in die Aufnahme des Kapitals gewilliget hatte, auch war die gerichtliche Bestätigung zu dieser Einwilligung noch hinzugekommen, aber beide waren nur auf 6 Jahre ertheilt. Titius wollte aber dennoch behaupten, daß demohnerachtet die Hypothek bestehe, und keinesweges erloschen sey. Dies suchte er durch folgende Gründe zu beweisen: einmal sey zwar die Hypothek nur auf eine gewisse Zeit gegeben, allein da derselben die clausula cassatoria nicht angehänget worden, so könne die Hypothek auch nicht durch den bloßen Ablauf der Zeit erlöschen. Fürs zweite sey die Zeit keine Art, eine Verbindlichkeit aufzuheben oder zu verändern, r) sondern jede Verbindlich-

r) *L.* 44. §. 1. *ff. de oblig. et act.* Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum. *L.* 55. *ff. de leg.* 1. Nemo in testamento suo cavere potest, ne leges in suo testamento

sichkeit daure mit Ablauf der Zeit noch immer fort.

§. 3. Aber jene Gründe sind nicht so beschaffen, daß daraus eine andre Entscheidung genommen werden konnte. Denn so ist aus den Gesetzen bekannt, daß ein Pfand mit Ablauf der Zeit, auf welche es gegeben ist, erlösche, s) und daß demjenigen, dem nur auf eine gewisse Zeit ein Recht zustehe, die exceptio doli entgegengesetzt werden könne, wenn er sich nach Ablauf der Zeit jenes Rechts bedienen will. t)

Diese

mento locum habeant, quia nec tempore, nec loco aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.

s) *L.* 6. *pr. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est, sed et si tempore finitum est pignus, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita est.

L. 13. §. 11. *ff. loc. cond.* Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata, sed hoc ita verum est, si non alius pro eo, in priore conductione res obligaverat, huius enim novus consensus erit necessarius.

t) *L.* 4. *ff. de serv.* Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tem-

pus

Diese allgemeinen und unstreitig rechtlichen Grundsätze stehen hier dem Titius völlig entgegen, und widerlegen zugleich, die von seiner Seite zur Behauptung seiner Meinung vorgebrachten Gründe.

§. 4. Jede Einwilligung, die jemand zu einer gewissen Handlung ertheilet, kann keine größere und längere Wirkung haben, als der Einwilligende gewollt hat. Hier war die Einwilligung des Gutsherrn klar und deutlich, daher war es auch nicht nöthig darauf zu sehen, ob jener Einwilligung und Bestätigung der Hypothek, die clausula cassatoria angehänget sey oder nicht. Dies konnte keine Aendrung machen; eben so wenig wie der zweite Grund: daß nämlich durch Ablauf der Zeit keine Verbindlichkeit aufgehoben oder verändert werden könne. Denn so ist hier eines Theils von keiner Verbindlichkeit, sondern davon die Rede, ob eine Einwilligung, auf eine längere Zeit, als solche ertheilt worden ist, erstreckt werden könne. Andern Theils ist jene Regel so allgemein

pus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, quamdiu volam, constitui possunt, sed tamen, si haec adiiciantur, pacti, vel per doli exceptionem occurretur, contra placita servitutem vindicanti, idque et Sabinum respondisse, Cassius retulit, et sibi placere,

mein genommen nicht richtig, denn sobald die Kontrahenten auf eine gewisse Zeit sich einander verbindlich gemacht haben, so, daß diese Verbindlichkeit nach Ablauf der festgesetzten Zeit nicht weiter bestehen soll; so kann man wohl nicht behaupten, daß die Verbindlichkeit noch ferner fortdaure. Und wenn endlich dritten Theils, die Zeit an und für sich selbst eine Verbindlichkeit nicht aufhebt, und auch nach Ablauf derselben nach dem römischen Rechte eine Klage Statt fand, so war doch solche, wegen der derselben entgegenstehenden exceptio pacti ohne Wirkung. u)

Es wurde daher in gegenwärtiger Sache das einmal abgefaßte Klassifications-Urtheil lediglich bestätiget, welcher Entscheidung auch die bewährtesten Rechtsgelehrten beitreten. x)

u) L. n. pr. ff. de serv.

x) *Rosenthal* de feudis cap. 9. membr. 1. concl. 18. n. 12. *Berlich* part. 2. concl. 66. n. 58. *Carpzov* part. 2. const. 23. def. 24. *Leyser* sp. 234. n. 1. *Wernher* part. 8. obs. 270.

208. Meditation.

Die Strafe des Stuprators kann nicht erhöhet werden, wenn die Geschwächte das Kind umgebracht hat.

§. 1.

Es will Brunnemann in seinem peinlichen Prozeß x) behaupten, daß der Kindermord immer eine Ursache sey, die Strafe auch in Absicht des Stuprators zu erhöhen, auch in dem Falle, wenn derselbe gleich nichts um den Kindermord gewußt hat. Den Grund dieser Meinung setzt er darin, er sagt nämlich: jedes Verbrechen wird nach seinen Folgen entweder härter oder gelinder bestraft; nun ist nicht zu läugnen, daß der Stuprator die erste Ursache des Kindermordes sey, denn er konnte es voraussehen, daß das aus dem unerlaubten Beischlafe erzeugte Kind, von der Geschwächten umgebracht werden konnte.

§. 2. Aber dieser Grund erweiset die gegenseitige Meinung gar nicht, und hat daher auch

x) Cap. 9. n. 71.

auch bei andern Rechtsgelehrten y) keinen Beifall gefunden. Denn wenn es gleich wahr ist, daß ein Verbrechen nach den Folgen, die daraus entstehen, oft härter, zuweilen gelinder bestraft werde: so findet doch diese Regel nur dann Statt, wenn das Verbrechen selbst wegen der Folgen, die aus demselben entspringen, verboten ist. In dem Falle werden diese auch dem Verbrecher angerechnet. Wer kann aber wohl behaupten, daß die Hurerei, des Kindermordes wegen, verboten sey.

§. 3. Ist denn aber nicht der Stuprator die Beweg-Ursache des Kindermordes gewesen, und verdient er deswegen nicht stärkere Strafe? Keinesweges, nur mit der Voraussetzung, daß der Stuprator nichts um den Mord gewußt hat. Der Stuprator ist nicht die Beweg-Ursache des Kindermords, sondern die Hurerei hat nur Gelegenheit dazu gegeben. So wenig man aber denjenigen, der einem andern ein Gewehr geliehen, bestrafen kann, wenn dieser mit dem Gewehre jemand erschossen hat, eben so wenig kann man auch den Stuprator mit einer andern als der auf die Hurerei gesetzten Strafe belegen. Zudem

hat

y) *Carpzov* pract. rer. crim. part. 1. qu. 9. n. 28. *Koch* elem. iur. crim. lib. 2. cap. 4. §. 277. *Meister* princ. iur. crim. Sect. 2. part. 2. cap. 22. §. 4.

hat hier der Stuprator den Ausgang nicht vorausſehen können, und iſt folglich nicht in dolo. Man würde alſo immer ungerecht und unbillig handeln, wenn man ihm den Mord, um welchen er doch nicht gewußt hat, mit zur Laſt legen wollte.

---

209. Meditation.

Die Bürgſchaft einer Ehefrau für ihren Mann wird dadurch gültig, wenn ſie nach deſſen Tode, die Verbindlichkeit daraus zu bezahlen, anerkannt hat.

§. 1.

Eine Ehefrau hatte in einem, für ihren Mann ausgeſtellten Bürgſcheine, ſich auf folgende Art ihrer weiblichen Rechtswohlthaten begeben. Ich entſage daneben allen wider dieſe eingelegte Bürgſchaft mir nach den Geſetzen zuſtehenden, und mir wohlverſtändigten Rechtswohlthaten, insbeſondere dem Velleianiſchen Rathſchluß und der

Auth.

Auth. Si qua mulier C. ad SCt. Vell., nach welchen eine Ehefrau sich nicht auf eine gültige Art, für ihren Ehemann verbürgen kann.

§. 2. Nach dem hierauf einige Jahre erfolgten Tode des Ehemannes, als des eigentlichen Schuldners, verlangte der Gläubiger, weil er aus jenes seinem Vermögen sein Befriedigung nicht erhalten konnte, von der sich verbürgten Ehefrau, seine Bezahlung. Diese erklärte sich in ihrem Schreiben hierüber also: Meine Schuldigkeit wäre es zwar, nach der für meinen sel. Mann eingelegten Bürgschaft, und da dessen Vermögen zur Berichtigung ihrer Forderung von 320 Rthlr. nicht hinreichet, diese versprochenermaßen nach einer vierteljährigen Loskündigung zu bezahlen: allein da mir jetzo die Aufbringung dieses Kapitals ohne meinen Schaden, nicht möglich fällt: so bitte ich, gegen Verzinsung, mir solches noch ein Jahr zu lassen, da ich es alsdenn mit Dank abführen werde.

§. 3. Diese Frist wurde zwar von dem Gläubiger bewilligt: allein wie er nach deren Ablauf nochmals an die Bezahlung erinnerte, äußerte jene Schuldnerin in ihrem Schreiben

den Gedanken: wie sie, nach dem ihr von andern Rechtsgelehrten mitgetheilten Rath, zwar nicht nöthig habe, aus der für ihren sel. Mann eingelegten ungültigen Bürgschaft das geringste zu bezahlen; jedoch um ihren guten Willen zu bezeigen, ihm für das ganze Kapital der 320 Rthlr. überhaupt 150 Rthlr. geben wolle, wenn er dagegen allen Ansprüchen weiter hierauf entsagte.

§. 4. Diese unbillige Erklärung konnte den Gläubiger unmöglich zufrieden stellen, und war es daher nunmehro Zeit, seine Sache dem Ausspruch der Justitz zu überlassen. — Wir wollen also jetzt, die in den verhandelten Acten von beiden Seiten vorgetragenen Gründe kurz zusammenziehen, ohne uns weiter, bei demjenigen, was eigentlich nicht zur Sache gehöret, aufzuhalten.

§. 5. Beklagtin führte in ihren Sätzen hauptsächlich an:

1) sey die für ihren Mann eingelegte Bürgschaft nicht auf eine gültige Art geschehen, indem sie ihren weiblichen Rechtswohlthaten nur schlechthin renunciiret habe. Dergleichen Begebungen wären aber bekanntlich alsdenn immer ungültig und von keiner Wirkung, wenn sie nicht mit einem Eide bestätiget worden. Sobald daher die aus der Bürg-

schaft

schaft entstehende Hauptverbindlichkeit, keinen gesetzlichen Grund habe, so könne auch die darauf gerichtete Klage nicht ferner bestehen.

§. 6. Zweitens schade ihr auch nicht, wenn sie gleich nachgehends in ihrem Schreiben (§. 2.) die Bezahlung des Kapitals, wofür sie die Bürgschaft eingelegt, versprochen habe; da sie Theils zu der Zeit, wie sie dieses Schreiben abgefaßt, noch in den Gedanken gestanden, als wenn sie aus jener Bürgschaft zu bezahlen verbunden sey, und erst nachgehends erfahren habe, daß selbige nicht nach den Gesetzen und dem recipirten Gerichtsgebrauche eingerichtet sey, mithin von ihrer Seite keine Verbindlichkeit producire; Theils auch eine wiederholte einmal ungültige Bürgschaft, der Ehefrau für ihren Mann, und Anerkennung der Schuld, dadurch keine größere Kraft erhielte, und ohne Wirkung sey, [z]) auch dann nicht, wenn selbst drittens diese Wiederholung nach des Ehemannes Tode geschähe. [a])

§. 7.

z) — — nullatenus valere, sive semel, sive multoties pro eadem re fiat. *Auth. Si qua Mul. ad Sct. Vell. J. H. Boehmer* de efficaci mulierum interceſſione Cap. 3. §. 2. n. 6.

a) *Carpzov* P. 2. const. 16. def. 3.

§. 7. Der erste gegenseitige Grund kann aber hier in keine Erwägung mehr kommen, und auf gegenwärtigen Fall keine Anwendung finden.

Die Verbindlichkeit der Beklagtin ist nicht lediglich auf den für ihren Ehemann eingelegten Bürgschein gegründet, sondern beruhet hauptsächlich auf dem von ihr ausgestellten Schreiben, worin sie die Schuldigkeit, das von ihrem Ehemann aufgenommene Kapital, wieder zu bezahlen, anerkannt hat. Wenn nun auch gleich eine, von einer Ehefrau für ihren Mann eingelegte Bürgschaft, durch eine anderweitige Wiederholung, wie im vorigen §. angeführet ist, keine neue Verbindlichkeit erhält: so ist doch dies nur von dem Falle zu verstehen, wenn die Ehefrau bei Lebzeiten des Mannes nochmals die Bürgschaft wiederholet, und die Schuld anerkennet.

§. 8. Eine ganz andere Frage ist es aber, wenn die Wiederholung der Bürgschaft, oder die Anerkennung der Schuld nach dem Tode des Ehemannes geschiehet. In diesem Falle müssen wir nach analogischen Grundsätzen immer annehmen, daß hiedurch eine vorhero von Seiten der Ehefrau nicht ganz gültige Bürgschaft, eine rechtliche Kraft erhalte. [b]) Einentheils

b) Enimvero ficuti ratio memoratae prohibitionis, perfuafio fcilicet mariti, poft mor-

theils fällt hier die Besorgniß weg, daß die Ehefrau, durch Zureden ihres Ehemanns, zu der nochmaligen Verbürgung verleitet sey; anderntheils aber ist eine solche Ehefrau nach ihres Mannes Tode, auch nicht anders als eine jede andere Frauensperson anzusehen, und kann sich nunmehro keines größern Vorrechts anmaßen.

§. 9. Im gegenwärtigen Falle hatte dieses noch weniger Bedenklichkeiten. Einmal hatte diese Bürgin in dem ausgestellten Bürgschein ihren weiblichen Rechtswohlthaten, dem Velleianischen Rathschluß, und der *Auth. Si qua mulier C. ad SCt. Velleian.* wissentlich renunciiret, mithin fehlte hier nur noch der Eid. Zweitens hatte sie auch nie in Abrede gestellt, daß ihr die Verbindlichkeiten, die sie durch Entsagung dieser ihr sonst nach den Gesetzen zustehenden Wohlthaten, auf sich nähme, hinlänglich erkläret und bekannt gemacht wor-

den

mortem ipsius cessat; ita si mortuus sit, et vidua debiti simul, cum ipso contracti solutionem denuo promittat, manifestum est, eandem valide obligari. *Wernher* Tom. 1. obs. 262. n. 6. *Cothmann* Vol. 5. cons. 48. n. 5. *Mevius* P. 7. dec. 229. *Stryk* Us. mod. Tit. ad Sct. Velleian. §. 16. *Leyser* sp. 172. med. 8. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 74.

den seyen; und drittens hatte sie in ihrem eigenhändig abgefaßten Schreiben, nach dem Tode ihres Mannes, ohne alle Bedingung die Bezahlung der Schuld versprochen, und nur lediglich um Frist nachgesucht.

§. 10. Bei Voraussetzung dieser Umstände, könnte es ihr also auch nunmehro nicht ferner zum Vortheil gereichen, wenn ihr, ihrem Vorgeben nach, bei Abfassung des erstern Schreibens, unbekannt gewesen, daß die von ihr eingelegte Bürgschaft nicht genau nach allen Formalitäten, abgefaßt gewesen sey. Denn da sie vorher wissentlich ihren weiblichen Rechtswohlthaten sich begeben hatte, auch nicht einmal von ihr angeführet war, daß sie von ihrem Mann zu jener Bürgschaft verleitet sey, vielmehr solche gutwillig von ihr übernommen war: so fiel auch dieser Einwand völlig weg, und konnte in dem erfolgten Urtheile nicht anders, als auf die Bezahlung der durch Bürgschaft übernommnen Schuld, erkannt werden.

210. Meditation.

Eine Ehefrau hat kein Recht, sich dem Verkauf ihrer, von ihrem Mann verhypothecirten Grundgüter, zu widersetzen, wenn solches mit ihrem Wissen geschehn, und der Gläubiger auch nicht anders gewußt hat, als daß diese Güter dem Mann eigenthümlich zustünden.

§. 1.

Ein Schuldner hatte, in der von ihm ausgestellten und gerichtlich confirmirten Schuld- und Pfandverschreibung, zur Sicherheit eines aufgenommnen Kapitals von 500 Rthlr. seinen Garten zur Special-Hypothek gesetzt, und er sowohl, wie dessen Ehefrau, sich in dieser Verschreibung aller Einreden, letztere aber noch besonders der exceptio illatorum, SCt. Velleiani, und der Auth. Si qua mulier C. ad SCt. Velleian. begeben.

Einige Jahre nachher verlangte der Gläubiger seine Bezahlung wieder, und wie der

Schuldner solche nicht leisten konnte, stellte er deshalb gegen ihn Klage an, und suchte um die Bezahlung des Kapitals von 500 Rthlr. nebst Zinsen und Kosten, aus dem ihm deshalb gesetzten Special = Unterpfande, nach.

§. 2. Nach dem hierauf von dem Gerichte ertheilten Zahlungs = Befehle, kam die Ehefrau des Schuldners mit einer Intervention ein, und stellte darin unter andern mit vor, wie dieser von ihrem Mann verpfändete Garten, ihr eigenthümlich zustehe, und mit ihrem Gelde angekauft sey, mithin wegen jener Schuld kein obiectum executionis abgeben könne. Sie suchte dieses daher zu beweisen: erstens würde zu einer jeden constitutio hypothecae erfordert, daß solche in bonis debitoris sey; c) dieses fehle aber bei gegenwärtiger Hypothek, indem sie den in Frage seyenden Garten, laut producirter Quitung, kurz vor der Verpfändung mit ihrem Gelde angekauft.

§. 3.

c) *L. 6. C. Si aliena res pign. data* — — cum Serviana etiam actio declaret evidenter iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint. — *L.* 15. §. 1. *ff. de pignorib. Wernher* Tom. 1. P. 1. obs. 166. *Stryk* Us. mod. Tit. quae ref. pign. §. 4.

§. 3. Zweitens lebe sie bekanntlich mit ihrem Mann in keiner Güter=Gemeinschaft, und stünde ihm deshalb auch kein Eigenthum an ihren Gütern zu; und so hätte sie denn auch drittens sich nicht auf eine gültige Art für jene Schuld verbürget, indem zu einer gültigen Bürgschaft einer Ehefrau für ihren Mann erfordert würde, theils daß derselben ihre weiblichen Rechtswohlthaten, welche ihr aus dem Velleianischen Rathschluß und der *Auth. Si qua mulier* zustünden, deutlich erkläret und bekannt gemacht würden; theils daß sie denselben mit einem Eide entsage. Beides wäre aber, nach Ausweisung der Schuld= und Pfandverschreibung gar nicht beachtet, sondern diese nothwendigen Stücke wären völlig unterlassen.

§. 4. Wenn man jene oben angeführten Gründe, ohne Rücksicht auf andere Umstände, einzeln für sich betrachtet, so muß man allerdings zugeben, daß sie den Gesetzen angemessen sind. Allein, wenn man ihnen auf gegenwärtigen Fall einige Anwendung geben will, so leiden sie noch besondere Einschränkungen, und verlieren dadurch alles Gewicht.

§. 5. Der Satz, daß dasjenige Gut, welches zur Hypothek gesetzt wird, dem Schuldner eigenthümlich zustehen müsse, ist an und

für sich ganz richtig. Unsere Gesetze machen aber dabei die Einschränkung, wenn die Verpfändung ohne Wissen und Einwilligung des Eigenthümers geschehen ist. So sagt die *L.* 2. *C. Si aliena res pignori data.* Si probaveris praesidi, praedia vel hortos, de quibns agebatur, tuos esse, intelligis obligari eos creditori, ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti; und die *L.* 6. *eod. tit.* —— et per alium rem alienam *invito domino* pignori obligari non posse, certissimum est.

§. 6. Vielleicht möchte man aber diese Einschränkung in dem Falle nicht gelten lassen wollen, wenn ein Ehemann die Güter seiner Ehefrau, auch mit deren Einwilligung, verpfändet hat, aus dem Grunde, weil diesem in den Gesetzen, viele besondere Vorrechte ertheilet sind. Allein es steht in unserer Macht nicht, diese noch weiter auszudehnen, und sogar wider die Absicht des Gesetzgebers etwas neues zu verordnen, zumal da wir hierüber in den Gesetzen klare Bestimmung haben. Wir finden diese deutlich in der *L.* 5. *C. ad SCt. Velleian.* wo unter andern gesagt wird: Quod si patientiam praestitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti, pecuniam mutuam dantem, et ideo

tibi

tibi non ſuccurritur, ſenatus conſulto, quo infirmitati, non calliditati mulierum conſultum eſt. [d])

§. 7. Der Geſetzgeber hält nach obiger Verordnung eine ſolche Ehefrau, die auf eine hinterliſtige Art, einen unwiſſenden Gläubiger zu hintergehen gedenket, der ihr ſonſt verliehenen Vorrechte nicht für würdig, ſondern beſtrafet ſie, wie billig, mit dem Verluſt derſelben. Er verlanget aber, ſowohl in obigem Geſetze, als auch in andern Stellen, [e]) daß der Gläubiger nicht gewußt habe, daß das verhypothecirte Gut der Ehefrau, und nicht dem Mann zugehöre; denn ſobald er dieſes weiß, und dennoch ein ſolches Gut zur Hypothek annimt, ſo treffen ihn mit Recht, die von der Ehefrau hieraus hergenommenen Einreden.

§. 8. Es kommt im gegenwärtigen Falle alſo noch darauf an, ob der Gläubiger nicht gewußt habe, daß der Ehefrau der verſetzte Garten eigenthümlich zugeſtanden, oder ob er es wenigſtens nicht auf eine leichte Art hätte erfahren können.

Für den Gläubiger treten hier folgende Präſumtionen ein. Erſtens war er ein Ausländ-

d) *Perez* ad Cod, h. t.
e) L. 7. C. Ad SCt. Vell.

länder, dem die Qualität der Grundstücke in einem andern Lande nicht so genau bekannt seyn konnte, und sich deshalb auf die Ehrlichkeit der beiden Eheleute verließ. Zweitens hatte die Frau erst kurz vor der Verpfändung den Garten gekauft, und war damals derselbe noch nicht auf ihren Namen ins Lagerbuch geschrieben; und drittens erbot sich der Gläubiger, wenn es erfordert würde, und noch Vermuthung gegen ihn seyn sollte, mittelst Eides sich zu reinigen.

§. 9. Wenn nun also über diesen Punkt, kein Zweifel weiter eintreten konnte: so kam es auch nunmehro nicht mehr darauf an, ob des Schuldners Ehefrau mit ihm in Gemeinschaft der Güter lebte, und ob die Begebung der Rechtswolthaten von ihr auf eine gültige Weise geschehen war, oder nicht; da sie überhaupt nicht, und hieraus noch weniger, von dem Gläubiger in Anspruch genommen wurde. Durch ihre Intervention konnte sie folglich auch den Verkauf der Hypothek ferner nicht hintertreiben.

211. Meditation.

Niemand kann zum Nachtheil seiner Brüder Kinder, seines Bruders Erbschaft ausschlagen.

§. 1.

Den über diesen Satz entstandnen Rechtsstreit verursachte folgender Fall. Titius starb ohne Testament, und hinterließ als nächste Erben seiner Nachlassenschaft, einen Bruder und ein Kind von seiner bereits verstorbenen Schwester. Der Bruder hatte vier Kinder, und um dieser ihren Theil größer zu machen, schlug er die brüderliche Erbschaft aus. Augenscheinlich war hier der Vortheil auf seiner Seite, denn Brüder Kinder, wenn sie mit ihrer Eltern Geschwister konkurriren, succediren bekanntlich nach den Stämmen; unter sich aber, wenn sie allein nur da sind, nach den Köpfen.

§. 2. Der ganze Nachlaß des Titius belief sich auf 5000 Rthlr. Hier hätte also dieser Nachlaß so vertheilet werden müssen, daß des Titius noch lebender Bruder 2500 Rthlr.

Rthlr., der verstorbenen Schwester Kind auch 2500 Rthlr. erhielte.

Nehmen wir aber an, daß des Bruders Ausschlagung jener Erbschaft gültig sey: so hätte, weil nur bloß Geschwister Kinder da sind, die Erbschaft nach den Köpfen vertheilet werden müssen, und erhielte alsdenn der Bruder für seine vier Kinder 4000 Rthlr., der Schwester Kind aber nur 1000 Rthlr.

§. 3. Dieser Fall, den wir hier vorgetragen haben, ist, wie jeder einsehen wird, wichtig. Es hängt auch sehr viel von der Entscheidung desselben ab, die jedesmal um desto ungewisser und zweifelhafter seyn muß; da theils die gemeinen Rechte diesen Fall nicht entscheiden; theils auch die Rechtsgelehrten unter sich darin niche einig sind. f)

§. 4.

f) Diesseitiger Meinung sind *Eyben* in disqu. 12. ad Inst. obs. 14. n. 6. *Hartmann Pistor* obs. lib. 2. tit, 43. obs. 12. *Leyser* sp. 423. n. 4. *Koch* de succeff. ab inteft. Claff. 2. §. 77. schol. 4. *Kreſs* spec. iurispr. priv. p. 349. Gegenseitiger Meinung sind *Stryk* de succeff. ab inteft. diff. 3. cap. 1. §. 11. *Boehmer* posit. de ordin. succed. cap. 4. n. 1. §. 6. seq. *Hannesen* de comput. grad. part. 3. sect. 3. §. 123.

§. 4. Daß die natürliche Billigkeit, und die Analogie des Rechts unsre Meinung, nach welcher wir eine solche Repudiation für unzulässig halten, bestärke, scheinet uns wenigstens keinem großen Zweifel unterworfen zu seyn. Das Gesetz ist einmal da, daß Brüder Kinder, wenn sie mit ihres verstorbnen Vaters Brüder concurriren, nach den Stämmen und nicht nach den Köpfen succediren.

Dieses Gesetz aber wird umgestoßen, und zwar bloß durch die Handlung eines dritten, wenn nämlich dem Bruder, in dem von uns angeführten Falle, die Repudiation erlaubt ist.

Dies ist aber nicht bloß hart, sondern auch selbst den Grundsätzen des natürlichen und positiven Rechts zuwider. g)

§. 5. Ferner geschieht eine solche Repudiation immer zum Vortheil dessen, der sie thut, und zwar zu einem solchen Vortheile, der offenbar mit dem grösten Nachtheile eines dritten verbunden ist. Hier tritt also einigermassen schon ein dolus ein, und die Repudiation ist wirklich mit der Begebung des Rechts eines dritten verknüpft. Eine solche Repudiation

kann

g) Suo iuri, non alterius utilitati renunciare licet. *Mevius* part. 2. dec. 351. n. 2.

kann aber unmöglich verstattet werden, h) selbst auch alsdenn nicht, wenn wir auch nur die natürliche Billigkeit das Wort reden lassen i)

§. 6. Unsre Meinung wird endlich noch mehr dadurch bestärkt, wenn wir hier auf die Absicht desjenigen, der auf eine solche Weise die Erbschaft repudiiret hat, sehen. Diese zielet doch bloß auf einen solchen Gewinn ab, den die Gesetze, nach der einmal gegebnen Regel, wie die Erbschaft getheilet werden muß, ihm gar nicht zuerkannt haben. Er erlangt diesen aber, wenn die Repudiation nach dem gesuchten Zwecke geschehen kann. Heißt das aber nicht in fraudem legis gehandelt? und kann man daher wohl eine solche Repudiation für gültig erkennen?

§. 7. Diesem allen steht nicht die allgemeine Regel: ein jeder kann sich seines Rechts begeben, k) entgegen.

Aus

h) In omni renunciatione videtur exceptum ius tertii. *Mevius* part. 7. dec. 364. n. 1. 2.

i) Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento, fieri locupletiorem, *L.* 206. *ff. de reg. iur.*

k) L. 29. C. de pact. L. 41. ff. de minor. *Pestel* ad regulam antiquam: iuri pro se introducto quilibet renunciare potest.

Aus dem, was wir schon in dem (§. 5.) angeführet haben, ist schon einzusehen, daß es hier nicht bloß auf die Rechte des Renuncii-renden, sondern eines dritten mit ankommt.

Freilich kann man sich seines Rechts begeben, aber da in unserm Falle der Schwester Kind einmal ein Recht auf die Erbschaft hat, und zwar ein solches Recht, nach welchem es seiner Mutter Stelle vertritt, und also mit seinem Onkel, dem Verstorbenen nach den Stämmen succediren muß: so kann ihm auch dieses Recht nicht wider seinen Willen entrissen werden.

§. 8. Eben so wenig steht uns die gesetzliche Verordnung entgegen, nach welcher es einem Schuldner erlaubt ist, die ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen, auch dann, wenn es seinen Gläubigern nachtheilig ist. l) Denn die Gläubiger haben hier kein Recht auf die angefallene Erbschaft, sondern nur bloß auf die Güter des Schuldners, so lange aber von diesem die Erbschaft nicht angetreten ist, gehöret sie auch nicht zu seinen Gütern. m) Ganz anders aber verhält es sich, wie jeder leicht einsehen wird, mit unserm Falle.

l) L. 6. ff. quae in fraud. credit.

m) Medit. 2ter Band. Med. 81.

212. Meditation.

Der Minderjährige muß die Verletzung beweisen, wenn er sich in vorigen Stand restituiren lassen will.

§. 1.

Ein Minderjähriger suchte, wegen einer ihm in einem Kontrakte zugefügten angeblichen Verletzung, um die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, nach. Weil aber die Verletzung nicht klar war, auch aus dem Kontrakte nicht erhellete, so wurde dem Minderjährigen der Beweis derselben aufgegeben. Hiedurch erachtete er sich beschwert zu seyn, und griff daher das Urtheil als nichtig an.

§. 2: Es ist überhaupt bekannt, daß bei der Wiedereinsetzung in vorigen Stand, von Seiten des Minderjährigen, diese zwei Punkte erwiesen werden müssen; nämlich erstlich das Alter, n) und zweitens die Verletzung selbst, es sey denn, daß aus der unternommenen Handlung die Verletzung selbst hervorleuchte. o)

Ist

n) L, 4. C. de in integr. rest. minor.
o) L. 7. §. 3. ff. de minor. 25. ann.

Ist dieses aber nicht, so liegt es allerdings dem Minderjährigen ob, die Verletzung gehörig zu beweisen. p) Diese Behauptung gründet sich nicht nur auf die klare Vorschrift der Gesetze, q) die ausdrücklich dem Minderjährigen den Beweis auflegen, sondern stimmet auch mit der Natur der Sache überein. Denn da der Minderjärige den Grund seiner Klage in die Verletzung setzet: so ist er schuldig jenen Grund der Klage zu beweisen, nicht aber der Beklagte, daß er nicht verletzt sey, da dies wider die allgemeinen rechtlichen Grundsätze r) anstößt.

§. 3. Hiernach mußte also auch jener Fall entschieden werden; denn alle die Gründe, die der Minderjährige für sich anführte, beweisen das Gegentheil nicht.

Die

p) *Carpzov* part. 1. const. 26. def. 23. *Struv* ex. 8. §. 48. *Cocceji* J. C. Tit. de minor. qu. 7. *Wernher* P. 5. obs. 82.

q) *L.* 5. *C. de in integr. rest. minor.* Minoribus in integrum restitutio, in quibus se captos probare possunt, et si dolus adversarii non probetur, competit.

r) Ei probatio incumbit, qui dicit, non qui negat. *L.* 2. *ff. de prob.* Per rerum naturam factum negantis probatio nulla est. *L.* 23. *C. de prob.*

Die *L.* 25. *§.* 1. *ff. de probat.* enthält folgendes: *si autem is, qui indebitum quaeritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et desidia deditus: tunc, eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.*

Daß dieses Gesetz unsrer behaupteten Meinung nicht entgegenstehe, ist leicht einzusehen. Es handelt jenes Gesetz von der condictio indebiti, und in dem angeführten Paragraph wird die Ausnahme, von der im Anfang des Gesetzes festgesetzten Regel, nach welcher derjenige, welcher jene Klage anstellet, das indebitum beweisen muß, vorgetragen. Das alles läßt sich aber auf unsern Fall, da von einem geschlossenen Kontrakte die Rede ist, nicht anwenden.

§. 4. Eben so wenig steht uns die *L.* 16. *C. de praed. et aliis reb. min.* entgegen. Der in diesem Gesetze vorgetragne Fall ist dieser: ein Minderjähriger griff daher den Verkauf seines Grundstücks als ungültig an, weil solcher ohne ein vorhergegangnes Dekret unternommen war. Der Käufer excipirte dagegen

gegen, daß das dafür bezahlte Geld zum Besten des Minderjährigen angewendet, der Minderjährige also solches zu erstatten schuldig sey. Hier legt nun das Gesetz dem Käufer den Beweis seiner Einrede auf, nicht aber daß er beweisen solle, daß der Minderjährige durch den Verkauf nicht verletzt sey. Denn auf die Verletzung kam es hier weiter nicht an, da der Kauf nicht wegen einer Verletzung, sondern wegen fehlender Richtigkeit angegriffen wurde. Das Gesetz selbst lautet so: *si praedium rusticum vel suburbanum (quod ab urbanis non loco, sed qualitate secernitur) in pupillari aetate constituta, tutore autore, vel adulta sine decreto praesidis provinciae, in qua situm est venundedisti: secundum sententiam SC. dominium eius sive ius a te discedere non potuit, sed vindicationem eius et fructuum, vel his non existentibus, condictionem competere constitit. Emtor autem si probare potuerit ex caeteris facultatibus obedire te muneribus sive oneribus non potuisse, ad utilitates praeterea tuas cessisse pecuniam quam pretii nomine sumseras, doli exceptionis auxilio pretium cum usuris quas praestitura esset, et sumtus meliorati praedii servare tantummodo potest.*

Es wurde daher auch mit Recht obiges Urtheil bestätiget, und der Minderjährige in die Kosten verdammt.

---

213. Meditation.

Nach geschloßnem Kauf steht der Käufer, auch vor der Uebergabe der gekauften Sache, allen Schaden, der an derselben ohne Verschulden des Verkäufers sich zugetragen hat, und ist schuldig, dem Verkäufer den Kaufschilling zu bezahlen.

§. 1.

Titius hatte von dem Kajus sein Reitpferd für 80 Rthlr. gekauft, war dabei mit demselben einig geworden, daß er das Pferd noch acht Tage in Futterung behalten möge, weil es ihm noch an Stallung und Futter fehle. Vor Verlauf dieser Zeit gerieht des Kajus seine Scheuer, worin das Pferd stand, durch einen Blitz in Feuer. Dieses Feuer griff so geschwind um sich, daß das Pferd nicht gerettet werden konnte, sondern mit verbrannte.

Da

Da der Verkäufer nun auf die Bezahlung des Kaufschillings bestand, der Käufer aber solchen nicht bezahlen wollte; so entstand zwischen beiden daruber ein Rechtsstreit, worin es vornämlich auf die Frage ankam: ob ein Käufer nach geschloßnem Kauf, auch vor der Uebergabe der Sache, für den Schaden zu stehen schuldig sey, der sich an der gekauften Sache zugetragen, und ob von demselben die Bezahlung des Kaufschillings mit Recht verlangt werden könne?

§. 2. Wir tragen kein Bedenken, jene Frage mit vielen andern Rechtsgelehrten s) zu bejahen, obgleich andre Rechtsgelehrte t) selbige verneinen. Nur setzen wir immer dabei zum voraus, daß der Schade ohne Verschulden des Verkäufers erfolgt, und ein vollkommner Kauf

da

s) *Carpzov* part. 2. const. 26. def. 20. *Stryk* U. M. Tit. de peric. et com. rei vend. §. 1. *Cocceji* J. C. eod. tit. qu. 2. Strube rechtl. Bedenk. Th. 2. Bed. 65. *Wernher* p. 4. obs. 214. n. 70. Höpfner Commentar über die Heunec. Instit. §. 872.

t) *Cuiacius* in tract. 8. ad African. in expl. L. 33. ff. loc. et in paratit. Cod. de peric. et com. rei vend. *Bocer* ad L. 23. ff. de reg. iur. *Borcholten* ad §. 3. I. de emt. vend. n. 3.

da sey. Unvollkommen ist aber der Kauf, wenn er

1) unter einer Bedingung geschlossen worden ist. Hier steht vor Ablauf der Bedingung der Verkäufer den Schaden, wenn nämlich die ganze Sache untergeht; sollte sich aber nur ein Schade an derselben zutragen, so trift dieser den Käufer. [u])

2) Wenn noch in Ansehung der Sache und des Werths derselben eine Ungewißheit da ist. Erstens würde seyn, a) wenn die Sache nach Zahl, Maas und Gewicht verkauft worden ist. Hier muß erst die Sache zugezählt, zugemessen, zugewogen seyn, [x]) es sey denn, daß der Verkauf der Sache im Pausch und Bogen geschehen ist. [y]) b) Wenn die Sache nach Geschmack verkauft ist, da denn, ehe solche probiret worden, der Kauf noch nicht vollkommen genannt werden kann. [z]) In zweifelhaften Fällen hält man dafür, daß die Sache unter Gegenwärtigen, nicht um

u) L. 8. ff. de peric. et comm. rei vend. trad. L. 8. C. eod. tit.

x) L. 35. §. 5. ff. de contr. emt. vend.

y) L. 1. §. 1. ff. de peric. et com. rei vend. trad.

z) L. 4. §. 1. ff. de peric. et com. rei veud.

um solche vorher zu probiren, verkauft sey. c) Ist ein alternativischer Kauf da, so trägt, wenn beide Sachen untergegangen sind, der Käufer den Schaden des einen, und der Verkäufer den Schaden des andern. a) In Ansehung des Preises ist der Kauf noch unvollkommen, wenn die gänzliche Bestimmung des Kaufgeldes einem dritten überlassen worden ist. Denn sollten die Partheien über den Preis selbst einig seyn, und etwa es der Bestimmung eines dritten überlassen, ob die Kaufsumme in Golde oder Silber-Münze bezahlt werden solle; so würde gleich der Kauf vollkommen seyn, ehe jene Bestimmung geschehen ist. b)

§. 3. Dies zum voraus gesetzt, liegt es uns jetzt ob, die Richtigkeit der von uns behaupteten Meinung zu beweisen, und dieser Beweis kann uns nicht schwer fallen. Denn schon aus der allgemeinen, in den Gesetzn c)

ges

a) L. 34. §. 6. de contr. emt. vend.

b) L. 7, ff. de contr. emt. vend.

c) *L. 7. pr. ff. de peric. et com. rei vend.* Id quod post emtionem fundo accessit per alluvionem, vell periit, ad emtoris commodum incommodumque pertinet, nam et si totus ager post emtionem flumine

gegründeten Regel, nach welcher der Käufer nach geschloßnem Kauf, sowohl allen Nutzen als Schaden an der gekauften Sache trägt, kann jene Frage beantwortet werden. Denn wenn der Käufer allen Nutzen zieht, so muß er auch, wenn wir nur bloß die natürliche Billigkeit wollen reden lassen, allen Schaden tragen. d)

§. 4. Allein wir brauchen die Entscheidung jener Frage nicht so weit herzuholen, da solche in den Gesetzen selbst deutlich genug beantwortet wird.

Der §. 3. *I. de emt. vend.* enthält hierüber folgendes: *cum autem emtio venditio contracta sit, (quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur) periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tam et si adhuc ea res emtori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit; aut aedes totae, vel aliqua ex parte incen-*

occupatus esset, periculum esset emtoris, sic igitur et commodum eius esse debet.

d) *L.* 10. *ff. de reg. iur.* Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.

cendio consumtae fuerint; aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae, aut arboribus turbine deiectis, longe minor aut deterior esse caeperit: emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emtionem fundo aliquid per alluvionem accesserit ad emtoris commodum pertinet.

§. 5. So klar und deutlich jene Verordnung ist, so sucht man doch von der Gegenseite jener Verordnung ihre Anwendung dadurch zu benehmen, wenn man behaupten will, daß Justinian in den Institutionen nur die allgemeinen Grundsätze des Rechts und das strenge Recht vorgetragen, in den Pandekten und übrigen Gesetzbüchern aber mehr auf die Billigkeit Rücksicht genommen habe. e)

Allein fürs erste ist es gar nicht zu vermuthen, daß Justinian in den Institutionen solche Grundsätze festgesetzt haben sollte, die den Anfängern nachher ohne Nutzen auf

den

e) *Cuiacius* l. c. *Gothofredus* in not. ad §. 3. I. de emt. vend.

den Fall seyn würden, wenn in andern Gesetzbüchern jene Grundsätze nicht befolgt würden. Fürs andre ist es eben so widersprechend, daß in den Institutionen nicht mit auf Billigkeit Rücksicht genommen seyn sollte, da wohl nicht zu glauben ist, daß Justinian bei den Institutionen die Billigkeit aus den Augen gesetzt habe.

§. 6. Aber so sind es auch nicht bloß die Institutionen, sondern auch die andern Gesetzbücher, sowohl die Pandekten f) als der Codex, g) die in diesem Falle obige Frage nach einerlei Grundsätzen entscheiden. Jeder, der diese Gesetze nachschlagen will, wird den Einwurf, den man diesen Gesetzen entgegensetzet, daß nämlich der Käufer nur dergestalt den Schaden tragen müsse, daß er dasjenige, um so viel mehr ihm die Sache, als der einsgewordne Kaufschilling, lieber gewesen sey, von dem Verkäufer nicht fordern könne; nicht aber dergestalt, daß er schuldig sey, den Kaufpreis zu bezahlen, — beantworten können. Denn, um nur einiges zur Widerlegung des obigen Ein-

f) L. 5. §. 2. ff. de resc. vend. L. 7. ff. de per. et com. rei vend. L. 11. eod. tit. L. 16. eod. tit. L. 34. §. pen. ff. de contr. emt. vend. L. 14. pr. ff. de furt.

g) L. 5. et 6. C. de per. et com. rei vend.

Einwurfs anzuführen, sagt die *L.* 6. *C. de per. et com. rei venditae* ausdrücklich, daß, wenn die gekaufte Sache durch einen Zufall untergehe, der Käufer widerrechtlich die Bezahlung des Kaufschillings dem Verkäufer vorenthalte. Und eben so redet auch die *L.* 34. §. *pen. ff. de contr. emt. vend.*, nach welcher der Käufer schuldig ist, auch den Kauf-Preis für den gekauften aber umgebrachten Sklaven zu bezahlen.

Dies mag zur Beantwortung des obigen Einwurfs genug seyn, wir wollen nunmehr die gegenseitigen Gründe selbst kennen lernen.

§. 7. Wir wollen die Gesetze, h) worin die Gegner sich gründen, der Reihe nach durchgehen, und dabei zeigen, daß selbige unsrer behaupteten Meinung keinesweges entgegenstehen.

In der *L.* 9. *C. de pign. act.* wird gesagt: *pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit.* Aus diesen Worten leitet man nun folgenden Schluß her: da eine jede Sache ihrem Herrn untergeht, der Verkäufer aber, so lange er die verkaufte

h) L. 9. C. de pign. act. L. 12. ff. de per. et com. rei vend. L. 14. ff. eod. L. 33. ff. loc. cond. L. 39. ff. de solut.

kaufte Sache noch besitzet, Herr derselben bleibet i) so muß dieser auch den Schaden tragen.

Wir haben diesen Einwurf schon anderswo k) widerlegt, und gezeigt, daß zwar in Absicht des Eigenthums die Sache dem Verkäufer untergehe, nicht aber in Absicht des Schadens, auch daß jene Regel ihren Abfall alsdenn finde, wenn der Herr debitor rei, wie hier der Verkäufer, ist. Es wird daher auch nicht nöthig seyn, hier davon noch etwas anzuführen.

§. 8. Was ferner in der *L.* 12. *ff. de peric. et com. rei vend.* enthalten ist, beweiset auch nichts wider uns. In diesem Gesetze wird folgender Fall erzählt: *lectos emtos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit, si traditi essent emtori, aut per eum stetisset, quo minus traderentur, emtoris periculum esse placet.* Hier wird zwar gesagt, daß, wenn die gekauften und auf den öffentlichen Weg gelegten Betten, dem Käufer entweder übergeben, oder es seine Schuld gewesen, daß dieses nicht geschehen sey, er auch den Schaden stehen müsse: dahingegen, wie die

i) *L.* 67. *ff. de verb. sign.* Alienatum prie non dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet, venditum tamen recte dicetur.

k) Meditationen 1r Band. Med. 53. §. 3.

die *L.* 14. *pr. ff. de per. et com. rei vend.* ſagt: *quod ſi neque traditi eſſent, neque emtor in mora fuiſſet, quo minus traderentur, venditoris periculum erit.*

Aus welchem allem denn ſo viel zu folgen ſcheinet, daß vor der Uebergabe der gekauften Sache, der Käufer zur Bezahlung des Kaufſchillings nicht angehalten werden könne, wenn die Sache bei dem Verkäufer untergegangen iſt.

§. 9. Allein, daß nach dieſen beiden Geſetzen der Käufer von allem Schaden, der ſich an der gekauften Sache vor der Uebergabe derſelben zugetragen hat, freigeſprochen, ſolcher im Gegentheil dem Verkäufer zu tragen auferlegt wird, iſt nach dem in jenen Geſetzen erzählten Falle allerdings richtig geurtheilet.

Wenn wir nämlich behaupten wollen, daß der Käufer den Schaden vor der Uebergabe ſtehen, und daher auch den Kaufſchilling bezahlen müſſe; ſo müſſen wir auch nothwendig dabei zum vorausſetzen, daß der Schade oder der völlige Untergang der Sache, ohne Verſchulden des Verkäufers erfolgt ſey. Daß aber der Verkäufer allerdings ſich als unachtſam dadurch bewieſen hatte, daß er die Betten auf einen öffentlichen Weg gelegt, iſt wohl nicht zu läugnen. Daraus aber läßt ſich überhaupt keine allge-

allgemeine Regel festsetzen, und eine Anwendung auf unsern Fall, wo der Verkäufer ausser aller Schuld war, machen.

§. 10. Die *L.* 14. *§.* 1. *ff. de peric. et commod. rei vend.* verordnet: *materia emta si furto periisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo ostendit; si minus, venditoris, videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.* Hier in diesem Gesetze ist aber nicht die Rede von dem Verkauf einer bestimmten, sondern unbestimmten Sache. Da es also noch nicht gewiß war, was vor Baumaterialien der Käufer kaufen wollte, so muste auch, ehe er sich dieselben ausgesucht, oder solche bezeichnet hatte, der Verkäufer dafür stehen.

§. 11. Eben so wenig steht uns auch die *L.* 33. *ff. loc. cond.* entgegen. Dieses Gesetz lautet so: *si vendideris mihi fundum, isque priusquam mihi vacuus traderetur, publicatus fuerit, teneris ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas non ut id praestes, si quid pluris mea interest eum vacuum mihi tradi.*

Wie wenig dieses Gesetz, wo nicht einmal von dem gänzlichen Untergange der gekauften Sache geredet wird, sich auf unsern Fall anwen-

wenden lasse, haben wir an einem andern Orte i) gezeigt. Wir setzen daher hier nichts weiter hinzu, sondern wollen nun noch kürzlich die noch übrigen Gesetze ansehen.

§. 12. Ehe wir die *L.* 39. *ff. de solut.* einrücken, wollen wir vorher den darin enthaltenen Fall, zum bessern Verstande des Gesetzes, erzählen.

Der Käufer und Verkäufer, die sich wohl einander nicht trauen mogten, waren unter sich eins geworden, daß der Verkäufer die Waare, und der Käufer den Kaufschilling bei einem dritten, den der Käufer dazu erwählen würde, niederlegen sollten. Hier, sagt der Jurist Africanus, müsse der Käufer sowohl für die Gefahr der verkauften Sache, als des Kaufschillings stehen. Es heißt *his consequens esse puto, ut, etiam si et emtor nummos, et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint: et nummi periculo emtoris sint, utique si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit: et nibilomimus merx quoque, quia emtio perfecta est.* Aus diesem folgert man nun, wenn in gewissen Fällen der Käufer nur für den Schaden, der sich vor der Uebergabe zuträgt,

zu

i) Meditationen 1r Band. Med. 53. §. 4.

zu stehen braucht; so folgt auch, daß er der Regel nach, solchen nicht zu tragen schuldig sey.

§. 13. Allein, daß jener Schluß in allem Betracht falsch sey, lehrt das Gesetz selbst. Denn es wird darin nicht gesagt, daß deswegen der Käufer den Schaden tragen müsse, weil er einen dritten erwählt, bei dem die Waare und der Kaufschilling niedergelegt werden sollte, sondern deswegen, weil der Kauf zu seiner Vollkommenheit gediehen war, wie die Schlußworte: *quia emtio perfecta est*, sattsam anzeigen. Dies Gesetz beweiset also unsre Meinung mehr, als daß es derselben zuwider seyn sollte.

§. 14. Es wird nicht nöthig seyn, noch mehreres davon anzuführen. Jeder, der unpartheiisch urtheilen will, wird schon hieraus sehen, daß unsre Meinung den Gesetzen angemessener sey. Und so wurde auch im gegenwärtigen Falle Titius zur Bezahlung des Kaufschillings schuldig erkannt.

Indessen ist, zur Vermeidung aller Streitigkeiten, als eine Kautel zu merken, daß man, wenn die Sache nach geschloßnem Kauf nicht gleich dem Käufer übergeben wird, durch einen besondern Vertrag sich deshalb sichere.

214. Meditation.

Wider ein ordentlich aufgenommenes Inventarium findet eine Eideszuschiebung nicht anders Statt, als wenn gegründete Muthmassungen einer geschehenen Unterschlagung da sind.

§. 1.

In einer gewissen Erbschafts-Sache schoben die Gläubiger des Erblassers dem Erben darüber einen Eid zu: ob er alle die in der Erbschaft befindlich gewesenen Sachen getreulich verzeichnet, und nichts untergeschlagen habe. Daß das Inventarium ordentlich und nach der in den Rechten vorgeschriebnen Form m) errichtet

m) In der *L. fin. C. de iur. delib.* sind alle die Stücke angegeben, die zu einem ordentlichen Inventarium erfordert werden. Nach dem Zeugniß des *Mevius* part. 2. dec. 356. u. m. a. ist aber heut zu Tage vieles davon außer Gebrauch gekommen, und hinreichend, wenn die Versieglung gleich nach dem Tode des Erblassers geschehen, und das Inventarium

richtet war, konnten die Gläubiger nicht in Zweifel ziehen; eben so wenig konnten sie auch gegründete Ursachen eines Verdachts wider den Erben anführen. Aber eben das war es auch, weswegen der Erbe sich auf den Eid nicht einlassen wollte, sondern vielmehr behauptete, daß selbiger hier keinesweges Statt finde.

§. 2. Es ist nicht zu läugnen, daß es Rechtsgelehrte n) gebe, die die Eideszuschiebung gegen ein Inventarium auch in dem Falle gelten lassen, wenn gleich kein Verdacht einer geschehenen Unterschlagung oder Verheimlichung der Erbschafts-Stücke erwiesen werden kann.

Sie wollen dies daher behaupten, weil theils in der *L.* 21. §. 10. *C. de iure delib.* nichts weiter als ein bloßer Verdacht erfordert werde; theils weil in allen andern Sachen, auch bei dem Mangel irgend eines Grundes, sich einer der Eideszuschiebung bedienen könne. o)

§. 3.

rium entweder von einer Gerichtsperson, oder von einem Notarius mit Zuziehung zweier Zeugen errichtet worden ist.

n) *Leyser* sp. 364. med. 6. 7. *Walch* introd. in contr. iur. civ. Sect. 2. cap. 4. memb. 5. §. 14.

o) *Leyser* sp. 135. med. 5.

§. 3. Wir wollen, um in der Folge darüber desto besser urtheilen zu können, das Gesetz selbst einrücken. *Licentia danda creditoribus, seu legatariis, vel fideicommissariis, si maiorem putaverint substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est, approbare vel per tormenta forsitan servorum hereditariorum secundum anteriorem nostram legem, quae de quaestione servorum loquitur: vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint, ut undique veritate exquisita, neque lucrum neque damnum aliquod heres ex huiusmodi sentiat hereditate: illo videlicet observando, ut si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel hereditatis quantitati computare compellantur.*

§. 4. Der Grund der gegenseitigen Meinung beruhet hier in den Worten: *si maiorem putaverint substantiam.* Allein diese Worte beweisen in der That das nicht, was sie beweisen sollen. Denn wenn, wie in unserm Falle, die Gläubiger dafür halten, daß das Vermögen des Erblassers größer sey, als es nach dem Inventarium ist: so kann es doch

nicht

nicht bloß darauf ankommen, was die Gläubiger glauben oder nicht. Denn der Erbe hat hier das Inventarium, welches als ein öffentliches Instrument p) allen Glauben verdient, für sich; diesem muß man auch so lange glauben, bis das Gegentheil erwiesen ist. Dieses Gegentheil aber wird nicht durch das bloße Glauben der Gläubiger bewirket, sondern dazu müssen wenigstens einige Vermuthungen da seyn.

§. 5. Ueberhaupt aber lehret uns schon die Natur und Eigenschaft eines solchen Eides, daß derselbe bei ermangeldem zulänglichem Verdachte nicht auferlegt werden könne. Denn der Manifestations-Eid, welchen der Erbe abstatten muß, ist eine Art des Reinigungs-Eides. Dieser aber findet nicht anders Statt, als wenn Anzeigen da sind, woraus auf einen Verdacht gegen jemand geschlossen werden könne. q) Eben daraus ist auch der zweite gegenseitige Grund: daß in allen Sachen die Eideszuschiebung Platz findet, hier ohne Anwendung; denn das ist nur allenfalls von dem Haupt-Eide, nicht aber von dem Reinigungs-Eide wahr.

Aus diesen Gründen, die wir hier nur in die Kürze gezogen, scheinet uns daher die diesseitige

p) L. 13. pr. C. arb. tutil.
q) *Carpzov* part. 4. const. 45. def. 9. n. 6.

seitige Meinung, der auch die meisten Rechtsgelehrten r) beipflichten, den Vorzug zu verdienen. Jedoch behauptet Malblank s) daß nur dann, wenn der Erbe abwesend, und es nicht möglich gewesen sey, daß er sich in die Erbschaft habe mischen können, die Eideszuschiebung nicht Statt finde, wohl aber alsdenn, wenn er bei dem Erblasser gewohnet, oder bei ihm gewesen sey.

r) *Berlich* part. 2. dec. 160. n. 14. *Carpzov* part. 3. const. 33. def. 8. et def. 10. *Mevius* part. 4. dec. 92. *Boehmer* Cons. et resp. Tom. 2. resp. 276. n. 13. et resp. 663. n. 5. *Stryk* U. M. Tit. de iur. delib. §. 4. *Wernher* part. 7. obs. 146. *Reinhard* ad Christ. Vol. 4. obs. 31.

s) In doctrina de iureiurando §. 48.

215. Meditation.

Das von einem Mandatarius ausgeführte Geschäft, ist gültig, wenn gleich der Mandans nachher das Mandat widerrufen hat, dieser Widerruf aber erst dem Mandatarius, nach geführtem Geschäfte bekannt gemacht worden ist; auch wird dadurch, daß der Mandatarius die Grenzen des Mandats überschreitet, das ganze Geschäft nicht ungültig.

§. 1.

Ein Mandat kann zwar immer widerrufen werden, doch wollen die Gesetze, daß dieser Widerruf, ehe das aufgetragne Geschäft ausgeführet ist, geschehe. t) Wenn daher der Mandans das Mandat widerruft, der Mandatarius aber, ehe ihm solches bekannt geworden ist, das ihm aufgetragne Geschäft schon ausgerichtet

t) §. 9. *I. de mandato.* Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc res integra sit, revocatum fuerit, evanescit.

gerichtet hat, so bleibt solches bei Kräften, und der Mandans ist daraus verbunden. u)

So zu urtheilen, dazu verbindet uns schon die gesunde Vernunft und Billigkeit. Der Mandatarius unterzieht sich, vermöge des ihm ertheilten Mandats, dem ihm aufgetragnen Geschäfte; er handelt also Kraft seines Mandats. Derjenige, mit dem er das Geschäft schließen will, hat alle Ursache, dem Mandatarius zu trauen, und sich mit demselben in Unterhandlungen einzulassen, da ihn das Mandat sichert, daß der Mandans, in dessen Namen der Mandatarius handelt, solches genehmigen müsse.

§. 2. Eben so war es die Absicht des Mandans, durch die Handlungen des Mandatarius verbunden zu werden. Daher ist er auch schuldig, das, was er demselben aufgetragen hat, und von demselben ausgeführt ist, zu genehmigen. Der Widerruf kann aber auch diese Verbindlichkeit von Seiten des Mandans nicht aufheben. Denn so lange der Mandatarius diesen Widerruf nicht erfährt, handelt er seinem Mandat gemäß, und konnte auch um so eher sein Mandat befolgen, da überhaupt keine

u) *Struv* ex. 22. §. 17. *Stryk* U. M. Tit. mand. §. 7. *Leyser* sp. 180. med. 4.

keine Revocation des Mandats vermuthet wird, auch niemand zum Nachtheil eines andern, seinen Willen ändern kann. x)

§. 3. Allein wir können auch selbst aus den Gesetzen, obige Frage beantworten. Die *L.* 15. *ff. mandati*, sagt ausdrücklich, daß ein von dem Mandatarius unternommener Kauf gültig seyn solle, wenn gleich der Mandans nachher das Mandat widerrufen hätte. *Si mandem tibi*, heißt es, *ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum.* Eben das verordnet auch die *L.* 14. *ff. de publ. in rem. act.*

§. 4. Es will zwar Wernher in seinen Observationen, y) das Gegentheil behaupten, und beruft sich deshalb auf die *L.* 25. §. 14. *ff. de aquir. vel omit. hered. L.* 7. *ff. de divort.* und *L.* 4. *ff. de manum vind.* Allein alle diese Gesetze beweisen das nicht, sondern reden nur von besondern Fällen, woraus sich keine allgemeine Regel herleiten läßt. In der *L.* 25. §. 14. *ff. de adq. vel omitt. he-*

x) *L.* 75. *ff. de reg. iur.* Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam.

y) part. 8. obs. 488.

hered. wird gesagt: *Sed si posteaquam iussit, poenitentiam agit, priusquam adiret, nihil agit adeundo.* Die Antretung einer Erbschaft beruhet überhaupt in jedermanns Willkühr, wenn nun hier gleich der Erbe dem Mandatarius zur Antretung der Erbschaft bevollmächtiget, nachher aber seinen Willen geändert hat, so geschieht in diesem Falle keinem Nachtheil, und daher konnte auch eine solche Antretung des Mandatarius als nicht geschehen angesehen werden.

§. 5. Eben so verhält es sich auch mit dem in der *L. 7. ff. de divort.* vorgetragnen Falle: *Si poenituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam voluntatis mutatae oblatus est; durare matrimonium dicendum: nisi, poenitentia cognita, is, qui accepit, ipse voluit matrimonium dissolvere: tunc enim per eum qui accipit solvitur matrimonium.* Denn wenn der eine Theil, dem der Scheidebrief geschickt war, die Ehescheidung nicht gerne sah, so konnte ihm nichts lieber als die Zurücknahme des Scheidebriefes seyn. War es aber gleichfalls sein Wille, auf die Ehescheidung zu bestehen, so war es ihm unbenommen, auf dieselbe zu dringen.

§. 6. Aus der *L. 4. ff. de man. vind.* welcher folgendes enthält: *sin autem ignorante*

rante filio vetuiſſet pater per nuncium, et antequam filius certior fieret, ſervum manumiſiſſet: liber non ſit. Nam ut filio manumittente ſervus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem; nam ſi mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumiſiſſe; kann um ſo weniger eine Entſcheidung des gegenwärtigen Falls hergenommen werden, da dieſes Geſetz von der Loslaſſung eines Sklaven redet, und es bekannt iſt, daß ein Sklave ohne Willen ſeines Herrn die Freiheit nicht erhalten konnte. Da alſo alle Geſetze nur ganz beſondre Fälle enthalten, ſo können wir auch um deſto eher bei der Regel bleiben: daß die Widerrufung eines Mandats vor Ausrichtung deſſelben geſchehen müſſe, widrigenfals der Mandans immer daraus verbunden bleibe.

§. 7. Zur Erläuterung deſſen was wir hier vorgetragen haben, mag folgender im Jahr 1794 ſich zugetragner Fall dienen. Ein Kornhändler in *L.* hatte dem *B* aufgetragen, für ihn auswärts und beſonders in der Stadt *R.* Getreide, vornehmlich aber Rocken zu kaufen. Er verſah des Endes dem *B* mit einer beſondern Vollmacht, hatte aber die Preiſe, zu welchen derſelbe das Getreide einkaufen ſollte, in einem beſondern Schreiben, und unter andern den Scheffel Rocken zu 2 Rthlr. höchſtens

2 Rthlr.

2 Rthlr. 3 Gr. bestimmt. Nach erhaltnem Auftrage reiste der *B* ab; kaum war er aber abgereiset, als die Kornpreise zu fallen anfingen. Dies veranlaßte denn auch den Kornhändler, einen Boten nach *R.* an den *B* mit einem Schreiben abzuschicken, und darin demselben bekannt zu machen, daß er seinen ihm zum Einkauf des Rockens gegebnen Auftrag, wieder zurücknehme. Ehe der *B* aber den Brief erhielt, hatte er von dem *C* zu *R.* 150 Scheffel Rocken, den Scheffel zu 2 Rthlr. 9 Gr. für seinen Mandanten eingekauft, und da sich dieser nicht an den von dem Kornhändler geschehenen Widerruf des dem *B* gegebnen Auftrags kehren wollte, klagte derselbe gegen den Kornhändler, auf die Erfüllung des, mit dem von *B* in seinem Namen geschlossenen Kontrakts.

§. 8. Der Beklagte konnte nicht ableugnen, dem *B* Auftrag zum Einkauf des Rockens gegeben zu haben. Er glaubte aber aus einem doppelten Grunde, nicht an den, von dem *B* mit dem *C* geschlossenen, Kontrakt gebunden zu seyn, und zwar erstlich deswegen nicht, weil er zeitig den Auftrag widerrufen, und zweitens, weil derselbe die Grenzen des ihm aufgetragnen Geschäfts überschritten habe.

§. 9. Zur Begründung der ersten Einrede, wurden die von uns §. 4. 5. 6. angeführten

geführten Gründe vorgebracht, deren Unstathaftigkeit wir aber schon gezeigt haben.

In Ansehung der zweiten führte der Beklagte an: jeder Beauftragte sey verpflichtet, sich an die ihm ertheilte Vorschrift zu halten, und die Grenzen seines Auftrags nicht zu überschreiten. [3]) Dies sey aber hier offenbar von dem *B* dadurch geschehn, daß er den Scheffel Rocken, den er zu 2 Rthlr. bis höchstens 2 Rthlr. 3 Gr. einkaufen sollen, für 2 Rthlr. 9 Gr. eingekauft habe. Aus diesem Grunde sey er daher zur Erfüllung des von dem *B* mit dem *C* geschlossenen Kontrakts nicht verpflichtet.

§. 10. Aber auch diese Gründe konnten den Letzten von seiner Schuldigkeit nicht losmachen. Der *B* hatte mit dem *C* Namens des Letzten den Kontrakt abgeschlossen, und Ersterm, die dazu von dem Letzten erhaltne Vollmacht übergeben. Es war also kein Zweifel vorhanden, daß dem Verkäufer eine Klage gegen

[3]) §. 8. *I. de mandato.* Is qui exsequitur mandatum, non debet excedere fines mandati.

L. 5. *ff. mand. vel contr.* Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt, nam, qui excessit, aliud quid facere videtur.

gegen den Kornhändler zustand. Nur darauf kommt es hier an, ob der Letzte wegen Unterschreibung des Auftrags an den Kontrakt gebunden war. Ueber diesen Punkt waren ehemals die beiden Secten, die Sabinianische und Proculianische, unter einander uneins; indem erstre dafür hielt, daß alsdenn keine Klage Statt finde, letztere aber, daß der Mandans in so weit, als er den Auftrag gegeben, verpflichtet sey, und diese letztere Meinung ist von Justinian angenommen. Es heißt in dem §. 8. *I. de mandato* hierüber so:

Ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fide iubere, alioquin non habebis cum eo mandati actionem, adeo quidem ut *Sabino* et *Cassio* placuerit, etiam si usque ad ventum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diversae scholae auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant, quae sententia sane benignior est. a)

§. 11.

a) L. 3. §. 2. et L. 4. ff. mand. vel contr.

§. 11. Diese Meinung ist auch der Natur der Sache angemessen. Denn derjenige, der einem andern einen Auftrag zum Einkauf einer gewissen Sache, mit Bestimmung des Preises derselben, gegeben hat, dessen Wille ist es doch, die Sache für den bestimmten Preis zu haben. Ueberschreitet der Beauftragte diesen Preis, so kann man nicht sagen, daß deswegen der ganze Kauf ungültig sey, da auch hier die Rechtsregel: utile per inutile non vitiatur [b]) eintritt. Der Mandans aber ist nicht weiter als das Mandat sich erstreckt verpflichtet, und muß der Mandatarius das übrige ersetzen. [c])

b) Cap. 37. de reg. iur. in 6to. M. s. die Med. 303. des 5. B., wo wir gezeigt haben, daß wenn der Bürge sich zu mehrern verpflichtet hat, als der Hauptschuldner schuldig war, deswegen die ganze Bürgschaft nicht ungültig sey.

c) L. 41. ff. mand. vel contr.

216. Meditation.

Ein Cessionarius kann keine Zinsen von Zinsen fordern.

§. 1.

Zinsen von Zinsen zu nehmen, ist nach den Verordnungen der Rechte [d]) nicht erlaubt. Wir wissen zwar wohl, daß von jener Verordnung verschiedne Ausnahmen gemacht werden, von welchen aber die meisten ungegründet sind. Zu einer solchen ungegründeten Ausnahme [e]) rechnen wir auch die, daß es dem Cessionarius er=

d) *L.* 28. *C. de usur.* — — Quapropter hac apertissima lege definimus, nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usuras stipulari: sed et si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum aliarum incrementum sentire, sorti autem antiquae tantum modo incrementum usurarum accedere.

e) *Stryk* U. M. Tit. de hered. et act. vend. §. 10. *Cocceji* J. C. eod. tit. qu. 23. *Brunnemann* ad L. 28. C. de usur. et in tract. de cess. action. cap. 5. Nr. 66.

erlaubt seyn soll, Zinsen von Zinsen zu nehmen. f)

§. 2. Sehen wir hier nur bloß auf die Natur der Cession, so werden wir auch bald finden, wie wenigen Grund jene Ausnahme habe. Durch die Cession wird nämlich keineswegeS die Schuld selbst verändert, denn es bleibt ein und eben der Schuldner da, so wie auch in der That in der Person des Gläubigers keine Veränderung vorgeht. Aus diesen unläugbaren Sätzen folgt daher, daß der Cessionarius nichts mehr, als der Cedens, einfordern könne; g) nun sind aber dem Cessionarius Zinsen abgetreten, folglich kann er auch nichts mehr als Zinsen einfordern.

§. 3. So dann ist es eine bekannte Rechtsregel, daß durch das Unternehmen eines dritten, niemandes Zustand verschlimmert werden könne. h) Diese Regel würde aber völlig weg-

fallen

f) *Berlich* p. 2. dec. 268. n. 37. *Struv* ex. 27. §. 51. n. 13.

g) *L.* 5. *C. de hered. et act. vend.* Emtor hereditatis, actionibus mandatis, eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placet.

h) *L.* 54. *ff. de reg. iur.* Nemo plus iuris ad alium transfere potest, quam ipse habet.

fallen, wenn hier dem Cessionarius erlaubt seyn sollte, Zinsen von Zinsen zu fordern, die doch der Cedens nicht hätte fordern können, und so dem Cedens verstattet würde, ein größers Recht auf den Cessionarius zu bringen, als er selbst gehabt hat, welches aber gleichfalls gegen alle rechtlichen Grundsätze anstoßet. i)

Ueberhaupt aber würde das offenbar zu dem Zinswucher den meisten Anlaß geben, und das beste Mittel seyn, so den gesetzlichen Verordnungen entgegen zu handeln.

§. 4. Selbst die gegenseitigen Gründe, die man aus den Gesetzen k) herleitet, sind so schwach,

i) *L.* 156. §. 3. *ff. de reg. iur.* Plerumque emtoris eadem causa esse debet circa petendum ac defendendum, quae fuit auctoris.

k) *L.* 7. *§.* 12. *ff. de adm. tut.* Si usuras exactas, tutor vel curator usibus suis retinuerint, earum usuras agnoscere eos oportet: sane enim parvi refert, utrum sortem pupillarem, an usuras in usus suos converterint. *Conf.* L. 58. §. 1. ff. eod. tit. L. 9. §. 3. ff. eod. tit. L. 2. C. de usur. pupil.

L. 19. *§.* 4. *ff. de neg. gest.* Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum

ſchwach, daß ſie kaum einer Widerlegung bedürfen.

Was die *L.* 9. *§.* 3. *ff. de adm. et peric. tutor.* und die *L.* 58. *§.* 1. *ff. eod. tit.*, wie auch die *L.* 2. *C. de uſur. pup.* anbetrift, aus welchen man die Meinung: daß ein Vormund Zinſen von Zinſen bezahlen müſſe, wenn er ſeinem Pupillen etwas ſchuldig iſt, und davon keine Zinſen bezahlet habe, vertheidigen will, ſo haben wir ſchon das Ungegründete einer ſolchen Meinung gezeigt, und jene Geſetze erklärt, l) die überdem, wie ein jeder ſieht, hier in unſerm Falle nichts beweiſen. Eben ſo wenig leiden auch die *L.* 19. *§.* 4. *ff. de neg. geſt.* und *L.* 18. *C. eod. tit.* hier eine Anwendung. Denn ſo redet das erſte Geſetz

ſtorum iudicio praeſtabimus, vel etiam quas percipere potuimus. Contra quoque uſuras, quas praeſtabimus, vel quas ex noſtra pecunia percipere potuimus, quam in aliena negotia impendimus, ſervabimus negotiorum geſtorum iudicio.

L. 18. *C. eod. tit.* Ob negotium alienum geſtum ſumtuum factorum uſuras praeſtari bona fides ſuaſit, quo iure contra eos etiam, quorum te neceſſitate compulſum negotium geſſiſſe proponis, per iudicium negotiorum geſtorum, uteris.

l) Meditationen 1r Band. Med. 31.

Gesetz bloß von den Zinsen, die man von einem Kapital zu fordern berechtiget ist. Das zweite Gesetz aber von den Kosten, die man auf ein fremdes Geschäft gewendet hat, und davon wird gesagt, daß man davon auch Zinsen fordern könne.

---

217. Meditation.

Bey der *emtio spei* findet die *L.* 2. *C. de resc. vend.* nicht Statt.

§. 1.

Emtio spei ist der Kauf einer solchen Sache, deren Existenz von dem Zufall abhängt. [m]) Beispiele eines solchen Kaufs giebt uns die *L.* 8. *§.* 1. *ff. de contr. emt. vend.* aus welcher zugleich erhellet, daß der Kauf auch alsdenn gültig sey, wenn auch gleich in der

m) Von dieser ist die emtio rei speratae, d. i. einer solchen Sache, die zwar noch nicht existiret, aber doch gewöhnlicher Weise zu existiren pflegt, verschieden. Der Verkauf einer res sperata hat die Bedingung bei sich, wenn die Sache existiret, weswegen denn auch, wenn solches nicht geschieht, der Verkäufer nichts fordern kann.

der Folge nichts existiret. Hieraus können wir nun schon einigermaßen die Frage beantworten: ob der Käufer, wenn er bei einem solchen Kaufe über die Hälfte verletzt worden, denselben durch die *L.* 2. *C. de resc. vend.* nicht aufheben könne? Es ist zwar wahr, daß die *L.* 2. *C. de resc. vend.* überhaupt von dem Kaufkontrakte rede, und daher die emtio spei nicht davon ausgeschlossen sey. Allein dies hindert uns nicht, demungeachtet jene Frage verneinend zu beantworten. n)

§. 2. Soll die *L.* 2. *C. de resc. vend.* bei einem Kaufe Statt finden, so wird nothwendig der Verkauf einer solchen Sache erfordert, deren Werth eine gewisse Bestimmung hat. Dies fällt aber bei einer emtio spei weg, da so wenig der Käufer als Verkäufer wissen kann, wie viel eine Sache, deren Existenz bloß von einem Zufalle abhängt, werth sey. Im Grunde ist also keiner verletzet, da sich beide dem Zufalle unterwerfen, und da hier die Verletzung gleichfalls von dem Zufalle abhängt,

n) *Stryk* de emtione spei. §. 32. *Sande* decis. Frisiae lib. 3. tit. 4. def. 16. *Wernher* part. 5. obs. 249. *Hommel* Rhapf. obs. 214. Das Gegentheil behaupten *Decianus* in resp. vol. 2. resp. 17. n. 42. *Berger* oeconomia iuris lib. 3. tit. 5. §. 18. not. 4.

hängt, und erst nach dem Kontrakte existiret, so kann dieselbe auch nicht in Erwägung gezogen werden. Denn so wollen die Gesetze, daß bei der Bestimmung einer Verletzung auf die Zeit des Kontrakts gesehen werden solle, wie die *L. 8. C. de resc. vend.* in den Worten lehrt: *nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis datum esset.* o) Dieses Erforderniß aber fällt hier weg, da zur Zeit des geschloßnen Kaufs, noch keine Sache da war.

§. 3. Zudem wissen beide Kontrahenten, daß es bei einer emtio spei bloß allein auf den Zufall ankomme, und es davon abhänge, wer von beiden Vortheil oder Schaden leiden solle. Verlieret nun der Käufer die Hoffnung eines zukünftigen Gewinnstes, so kann er den Gesetzen nach, nicht für verletzt angesehen werden. p) Besonders da derjenige, der sich der Entscheidung eines Zufalls unterwirft, demjenigen nicht ungleich ist, der wissentlich eine Sache

o) *Mevius* p. 2. dec. 320.

p) *L. 17. C. de usur.* Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum, rescindi placita non possunt.

che zu hoch kauft, oder zu wohlfeil verkauft. Daß aber einem solchen die *L.* 2. *C. de resc. vend.* nicht zustehe, haben wir bereits schon erwiesen. q)

218. Meditation.

Die *L.* 2. *C. de resc. vend.* findet bei dem Verkauf beweglicher Sachen Statt.

§. 1.

Es wurde in einer gewissen Rechts-Sache darüber gestritten: ob die *L.* 2. *C. de resc. vend.* auch bei einem Verkaufe beweglicher Sachen Statt finde, und ob daher der Kauf, — da die Verletzung über die Hälfte bewiesen war, — wieder aufgehoben werden könne? Sehen wir bei Beantwortung dieser Frage, sowohl auf die Billigkeit, als auf das Gesetz selbst, so müssen wir selbige nothwendig bejahen. r)

§. 2.

q) Meditationen 2r Band. Med. 109.

r) *Zoesius* ad ff. Tit. de resc. vend. n. 16. *Carpzov* part. 2. const. 34. def. 8. n. 2.

§. 2. Die Billigkeit, welche jene Verordnung veranlaßt hat, und nach welcher ein Kauf, wenn darin jemand über die Hälfte verletzt worden ist, wieder aufgehoben werden kann, ist sowohl bei dem Kauf und Verkauf der unbeweglichen als beweglichen Sachen gleich stark. Es treten hier also ein und eben die Billigkeit, ja ein und eben die Gründe ein. Denn so redet die *L.* 2. *C. de resc. vend.* allgemein und unbestimmt, wenn sie sich folgenden Ausdrucks bedienet: *rem maioris pretii.* Wird aber durch das Wort *res* nicht bloß eine unbewegliche Sache verstanden, sondern erstreckt sich dasselbe auch mit auf bewegliche Sachen, s) so ist auch kein vernünftiger Zweifel übrig, warum man nur bloß jene Verordnung bei unbeweglichen Sachen will Statt finden lassen.

§. 3. Es ist zwar wahr, daß sowohl die *L.* 2. *C. de resc. vend.* als auch andre Gesetze t) hauptsächlich eines Grundstücks erwähnen. Aus welchem Grunde denn auch die der gegenseitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehrte, u) das Gesetz nur bloß nach den Worten

ten

s) L. 5. 6. 23. ff. de verb. sign.

t) L. 4. 5. 8. C, de resc. vend.

u) *Robert* animad. iur. civ. lib. 2. cap. 12, et *Cuiacius* in notat. ad dict. libr.

ten erkläret wissen wollen. Allein dieser Grund bedeutet hier in der That nichts. Denn so betraf fürs erste der Fall, welcher den Kaisern Diocletian und Maximian vorgetragen wurde, den Verkauf eines Landguts, sie konnten also auch auf nichts anders, als warum sie gefragt waren, antworten. Fürs zweite scheinen überhaupt die Gesetzgeber mehr auf die Verletzung, als auf die Beschaffenhei der Sache, Rücksicht genommen zu haben. Fürs dritte ist es bekannt, daß Beispiele überhaupt eine Regel nicht einschränken, und daß dadurch, wenn etwas bestimmet wird, das andre nicht ausgeschlossen sey. Daß aber ein Landgut nur des Beispiels wegen angeführt sey, lehret der Ausdruck *rem maioris pretii*. Es wurde daher auch dem Verkäufer in dem angeführten Falle das remedium *L.* 2. *C. de resc. vend.* zugestanden, und nach demselben der Kauf rescindiret.

219. Meditation.

Die *querela inofficiosi testamenti* findet bei dem Testamente eines Bruders, worin eine ehrlose Person zum Erben eingesetzt ist, nicht Statt, wenn der Bruder selbst ehrlos ist.

§. 1.

Geschwister können in ihrem Testamente einander stillschweigend übergehen, und sind nicht schuldig, ihren Geschwistern den Pflichttheil zu hinterlassen. Nur alsdenn, wenn eine ehrlose oder anrüchtige Person zum Erben eingesetzt ist, müssen Geschwister entweder die nachgelassenen Geschwister aus gesetzmässigen Ursachen enterben, oder ihnen den, im Gesetz bestimmten, Pflichttheil hinterlassen. Thun sie das nicht, so geben die Gesetze den nachgelassenen Geschwistern, die Klage des pflichtwidrigen Testaments. Wie aber, wenn der überlebende Bruder selbst ehrlos oder anrüchtig ist, steht ihm alsdenn auch jene Klage zu?

§. 2.

§. 2. Die so eben aufgeworfne Frage finden wir in den Gesetzen nicht ausdrücklich entschieden. Die *L.* 27. *C. de inoff. testam.* redet nur ganz allgemein, und macht keinen Unterschied darunter, ob der überlebende Bruder ehrlos sey oder nicht. Daher hat denn auch Struv x) behaupten wollen, daß jedesmal, sobald der eingesetzte Erbe ehrlos sey, das Testament durch die pflichtswidrige Klage angegriffen werden könne. Wir wollen jenes Gesetz hier erst einrücken, und dann die Gründe anzeigen, warum wir mit andern Rechtsgelehrten y) jener Meinung nicht beitreten können.

§. 3. Jenes Gesetz verordnet folgendes: *Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem durante agnatione vel non contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula adspergantur, vel liberti*

x) Ex, 10. §. 18.

y) *Müller* ad Struv ex. 10. §. 18. *Stryk* U. M. Tit. de inoff. test. §. 5. et in caut. testam. cap. 16. §. 12. *Cocceji* J. C. Tit. de inoff. testam. qu. 12. *Berger* Oecon. iuris lib. 2. Tit. 4. §. 17. not. 8. *Canngiesser* Tom. 1. Dec. 115. Nr, 9.

liberti qui perperam et non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt: excepto servo necessario herede instituto.

§. 4. Aus diesem Gesetze sehen wir zwar, daß darin überhaupt nur so viel gesagt werde: daß Geschwister das Testament als pflichtswidrig angreifen könnten, wenn eine ehrlose oder anrüchtige Person darin zum Erben eingesetzt sey. Allein der Unterschied, den wir dabei gemacht haben, daß nämlich jene Klage den Geschwistern nicht zustehe, wenn sie selbst ehrlos sind, beruhet auf allgemeinen Grundsätzen. Denn sobald einer ehrlos ist, oder eine Handthierung treibet, die seiner Ehre und gutem Namen nachtheilig ist, so fällt in Absicht seiner, gegen einen andern der gleichfalls ehrlos ist, oder eine gleiche Handthierung treibet, alle Schande und Niederträchtigkeit weg. Er kann also auch nicht sagen, daß, da ihm eine solche Person vorgezogen worden, ihm Unrecht geschehen sey, vielmehr muß er sich hier in einem solchen Falle, nach den allgemeinen Verordnungen des Rechts richten lassen, nach welchen es Geschwistern erlaubt ist, sich einander im Testament zu übergehen.

§. 5. So wird auch endlich unsre Behauptung nicht undeutlich durch die *L.* 11. *C.*

de

de inoff. teſtam. unterſtützt, nach welcher ein Vater ſeinen ehrloſen Sohn enterben kann, wenn er nur ſelbſt nicht ehrlos iſt. Es heißt *in arenam non damnato, ſed ſua ſponte arenario conſtituto, legitimae ſucceſſiones integrae ſunt, ſicutì civitas et libertas manet. Sed ſi teſtamentum parens eius fecit, neque de inofficioſo teſtamento accuſatio, neque bonorum poſſeſſio ei competit, nam talem filium merito quis indignum ſua ſucceſſione iudicat, niſi et ipſe ſimilis conditionis ſit.* Aus dieſem Geſetze können wir alſo den Schluß herleiten, daß ein Bruder, wenn er ſelbſt ehrlos iſt, das Teſtament, worin eine ehrloſe Perſon zum Erben eingeſetzt iſt, als pflichtwidrig nicht angreifen könne.

220. Meditation.

Eine Lehns-Hypothek kann ohne neuen Lehnsherrlichen Konſens, einem dritten abgetreten werden.

§. 1.

Eine gültige Verpfändung eines Lehns geſchieht nicht anders, als mit Einwilligung des

des Lehnsherrn und des Agnaten. Wenn daher der Vasall Gelder aufnehmen, und seinem Gläubiger auf die Lehngüter eine Hypothek geben will, so muß er dazu den Lehnsherrlichen Konsens nachsuchen. Kann aber der Gläubiger, wenn er einmal mit Lehnsherrlicher Bewilligung dem Vasallen Gelder vorgeschossen hat, die ihm zur Sicherheit gesetzte Hypothek auf die Lehngüter, wiederum, ohne einen neuen Lehnsherrlichen Konsens nöthig zu haben, einem dritten abtreten, und ist bei einer solchen Abtretung auch der dritte gesichert?

Diese Frage wird von den Rechtsgelehrten verschiedentlich beantwortet, indem einige [1]) dafür halten, daß in eine solche Cession der Lehnsherr aufs neue willigen müsse; andre [a]) aber diese neue Einwilligung nicht erfordern.

§. 2.

1) *Heigius* quäest. illustr. part. 2. qu, 5. n. 28. *Berlich* part. 2. concl. 29. n. 31. *Carpzov* lib. 5. resp. 36. n. 5. *Wernher* Tom. 3. part. 1. obs. 127.

a) *Mevius* part. 8. dec. 284. *Stryk* U. M. Tit. de hered. vel act. vend. §. 13. *Idem* in caut. contr. Sect. 2. cap. 4. §. 10. et intr. de iuribus et actionibus non cessibilibus cap. 4. §. 9. *Horn* Jurispr. feud. cap 19. §. 9. *G. L. Böhmer* observ. iur. feud. 13. §. 3. von Selchow Rechtsfälle, Band 1. Nr. 24. S. 241. *Hellfeld* elem. iur. feud. cap. 10. §. 384.

§. 2. Wir treten hier der letztern Meinung bei, und glauben auch, daß solche mit der Analogie der Rechte mehr übereinstimme.

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechts, ist es einem jeden erlaubt, sein Recht einem dritten zu cediren; nur alsdenn, wenn entweder durch die Gesetze oder Gewohnheit von jener Regel eine Ausnahme gemacht wird, gilt eine solche Cession nicht. So lange wir also kein deutliches Gesetz haben, und daran fehlet es uns in diesem Falle, so kann auch der Gläubiger ohne neue Lehnsherrliche Einwilligung die Lehns-Hypothek einem andern cediren.

§. 3. In der That läßt sich auch kein einziger erheblicher Grund finden, warum wir hier gerade eine Ausnahme machen wollen, da nach dem gemeinen Rechte dem Pfandgläubiger immer erlaubt ist, seine Hypothek zu cediren. Denn durch eine Cession der Lehns-Hypothek wird keiner gefährdet, so wenig der Lehnsherr als der Vasall. Der Lehnsherr nicht, weil er nichts von seinen Lehnsherrlichen Rechten verliehrt. Der Vasall nicht, weil er gleichfalls dadurch keinen Schaden leidet, indem, sobald er seine Schuld bezahlt, die Hypothek eben so gut erlöscht, als wenn keine Cession vorgegangen wäre.

§. 4.

§. 4. Aber noch mehr wird dadurch unsre Meinung begründet, wenn wir nur auf die Rechte des Pfandgläubigers, die er auf die ihm verpfändeten Lehngüter hat, sehen wollen. Das Recht, welches der Gläubiger auf das ihm zur Hypothek gesetzte Lehngut, in Absicht seiner Forderung hat, giebt dieser Forderung nicht eine andre Eigenschaft, sie bleibt immer ein und eben dieselbe, es mag nun ein Lehn oder Allodium verpfändet seyn. b) So gut also eine Allodial-Hypothek abgetreten werden kann, so gut kann es auch eine Lehns-Hypothek.

Und da es endlich ohne Streit ist, daß nach dem Tode des Gläubigers die demselben constituirte Hypothek, auch auf dessen Erben, ohne eine neue Lehnsherrliche Bewilligung, gehe, so wird man auch in unserm Falle keine Ausnahme machen können.

§. 5. Zur Behauptung der gegenseitigen Meinung werden folgende Gründe angeführet, deren Unerheblichkeit aber sich aus der Beantwortung ergeben wird.

Den ersten Grund nimmt man von der Regel her, nach welcher ein Lehnsherrlicher Konsens

b) *Struv* syntagm. iur. feud. cap. 4. §. 14. n. 2. in fine.

sens einschränkend erkläret, und von keinem Falle auf den andern ausgedehnt werden darf. Da hier nun der Konsens bloß zur Verpfändung des Lehns, und zwar an den ersten Gläubiger gegeben sey, so dürfe derselbe auch nicht auf eine Cession ausgedehnt werden.

Allein, wenn gleich der Lehnsherrliche Konsens stricte zu erklären ist, so folgt doch daraus das nicht, was man daraus beweisen will. Freilich darf der Vasall das Lehn, unter keinen andern Bedingungen, als die in der Lehnsherrlichen Bewilligung enthalten sind, verpfänden, weil er auf diese Art einigermaßen über das Lehn selbst disponiren würde. Allein dies geschieht auch bei der Cession nicht, denn da bleiben immer, wie wir schon gesagt haben, ein und eben dieselben Rechte, sowohl in Absicht des Lehnsherrn, als des Vasallen.

§. 6. Der zweite Grund liegt in der Stelle *II. feud.* 55. wo es heißt: *hac edictali Deo propitio perpetuo valitura lege sancimus, ut nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel quocunque modo distrahere seu alienare, vel pro anima iudicare, sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur.*

Dieses

Dieses Gesetz, wie jeder von selbst einsehen wird, redet nicht von der Cession, sondern von der Constituirung einer neuen Hypothek, und Veräußerung des Lehns. Da nun durch die Cession einer Lehns-Hypothek keine neue constituiret wird, so leidet das Gesetz hier keine Anwendung.

---

221. Meditation.

Ob und in wie weit die dem Hauptschuldner zustehende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, dessen Bürgen zum Vortheil gereiche.

§. 1.

Es ist gewiß eine der verwickelsten und streitigsten Rechtsfragen: ob dem Bürgen eines Minderjährigen, die von dem letztern nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, zu Statten komme?

Wir hoffen daher unsern Lesern keinen unangenehmen Dienst zu erzeigen, wenn wir bei Beantwortung jener Frage, die gelehrte und mit vielem Scharfsinn geschriebne Dissertation des

Herrn

Herrn Oberappellationsrath Höpfners zum Grunde legen, und einen kurzen Auszug aus derselben liefern.

§. 2. Soll jene Frage bestimmt und ordentlich entschieden werden, so muß man nothwendig auf die verschiednen Fälle, die sich dabei gedenken lassen, Rücksicht nehmen, und darnach die Entscheidung einrichten. — Es ist bekannt, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nicht immer ein und eben die Ursache zum Grunde habe. Wir wollen also zuerst die verschiednen Fälle anzeigen, aus welchen die Wiedereinsetzung in vorigen Stand nachgesucht werden kann, und alsdenn von einem jeden besonders reden.

§. 3. Es sind hiebei folgende zwei Hauptfälle von einander zu unterscheiden. Die Restitution entspringt entweder aus dem bürgerlichen, oder prätorischen Rechte. Im letztern Falle gründet sich die Restitution entweder auf eine allgemeine Ursache, oder sie liegt in der Minderjährigkeit des Hauptschuldners, und da ist wieder zu unterscheiden: ob der Bürge für den Minderjährigen, entweder in besondrer Rücksicht auf dessen Minderjährigkeit, oder nur schlechtweg, ohne insbesondre auf das minderjährige Alter Rücksicht zu nehmen, sich verbürgt hat.

§. 4.

§. 4. Nachdem wir dieses zum voraus gesetzt haben, wollen wir nun auf jene Frage, nach den von uns abgesonderten Fällen, antworten.

Der erste Fall ist dieser: da nämlich ein Minderjähriger, aus den in dem bürgerlichen Rechte gegründeten Ursachen, die Wiedereinsezzung in den vorigen Stand nachsucht. c) Hieher gehören die in der *L.* 2. *C. de rescind. vend. L.* 33. *ff. de re iudicata* und *L.* 31. *ff. de iureiurando* liegenden Ursachen zur Restitution.

Wenn deswegen ein Minderjähriger im Kauf über die Hälfte verletzt ist: oder wenn ein Urtheil, das aus falschen Zeugnissen oder Dokumenten gesprochen worden ist, wieder aufgehoben; oder ein geleisteter Eid, wegen neuer aufgefundner Dokumente, retractiret wird: so ist auch ein Bürge, der für einen Minderjährigen gut gesagt hat, nach erlangter Restitution des

c) Ob wir sonst wohl den Unterschied unter einer bürgerlichen und prätorischen Restitution nicht als richtig, und den Gesetzen gemäß anerkennen, indem es eigentlich keine in bürgerlichen Gesetzen gegründete Restitution giebt: so verändert doch solches hier die Entscheidung nicht.

des Minderjährigen von seiner Verbindlichkeit frei. d)

§. 5. Der Beweis hievon liegt schon selbst in der Natur der Sache. Denn bei dem Gebrauche jener Rechtsmittel wird bloß auf die Sache, keinesweges aber auf die Person gesehen. Ist es aber wahr, daß alle und jede exceptiones reales die dem Hauptschuldner zustehen, auch dem Bürgen zu Statten kommen: e) so müssen wir auch zugeben, daß der Bürge eben sowohl, als der Hauptschuldner von seiner Verbindlichkeit befreiet werde.

§. 6. Der zweite Fall ist der, wenn die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus dem prätorischen Rechte, und zwar aus einer allgemeinen Ursache, nachgesucht ist.

Zu diesen allgemeinen Ursachen gehöret, wenn einer aus Betrug, Furcht, Gewalt zu einer Handlung bewogen worden ist. Alle diese Ursachen befreien auch den Bürgen von seiner Bürgschaft. Denn so ist in der *L.* 49. *pr. ff.*

d) *Pinellus* ad L. 2. C. de rescind. vend. lib. 2. part. 2. cap. 3. n. 43. 44. *Oddus* de restit. in integrum part. 1. qu. 48. art. 2. n. 25.

e) L. 7. §. 1. ff. de except. §. ult. I. de rept.

ff. de fideiuſſ. f) und *L. 7. §. 1. ff. de except.* g) deutlich verſehen, daß die Einrede des Betrugs u. ſ. w. dem Bürgen, auch ohne die Reſtitution des Minderjährigen, zu Statten komme. Allein wir brauchen unſern Beweis nicht einmal ſo weit herzuholen, da er aufs deutlichſte in der *L. 2. C. de fideiuſſ. min.* liegt. In dieſem Geſetze heißt es: *ſi ea, quae tibi vendidit poſſeſſiones interpoſito decreto praeſidis, aetatis tantummodo iuvatur auxilio, non eſt dubium, fideiuſſorem ex perſona ſua obnoxium eſſe contractui. Verum ſi dolo malo adparuerit contractum interpoſitum eſſe: manifeſti iuris eſt, utrique perſonae, tam venditricis, quam fideiuſſoris conſulendum eſſe.*

Es redet nun zwar dieſes Geſetz von dem Betruge; aber ſowohl die Analogie des Rechts, als

f) Si teſtamento liberatum debitorem heres omittat, fideiuſſorem autem eius conveniat, *proderit exceptio doli mali fideiuſſori* propter improbitatem heredis, quae prodeſſe res debuerat, ſi conveniretur.

g) Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiuſſori competunt, *ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus cauſa factum eſt.*

als Gleichheit der Gründe lehren, daß das, was von dem Betruge gilt, auch von der Gewalt und der Furcht gelten müsse.

§. 7. Wir behaupten also, und darin finden wir auch keinen Widerspruch, daß in den von uns in §. 4. 5. 6. vorgetragnen Fällen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch dem Bürgen nütze. Aber wie, wenn der Bürge sich für einen Minderjährigen verbürget hat, und dieser bloß wegen seines minderjährigen Alters sich der Restitution bedienet? Hier bei dieser Frage ist es, wo die Rechtsgelehrten in ihrer Entscheidung von einander abweichen. Uns dünkt, daß man nach dem in §. 3. gemachten Unterschied diese Frage beantworten müsse. Hat nämlich der Bürge sich für einen Minderjährigen in Rücksicht auf dessen minderjähriges Alter verbürget, so bleibt der Bürge, nach der dem minderjährigen Hauptschuldner zugestandnen Restitution, verbindlich. — Hat der Bürge sich aber schlechtweg, ohne auf das minderjährige Alter Rücksicht zu nehmen, verbürget, so wird er durch die Restitution des Minderjährigen zugleich seiner Verbindlichkeit entlediget.

§. 8. Wir wollen nunmehr auch diese unsere behauptete Meinung außer Zweifel sezzen. Also in dem Falle bleibt der Bürge immer

mer verhaftet, wenn er sich für einen Minderjährigen im Betracht dessen minderjährigen Alters verbürget hat. Selbst die natürliche Billigkeit, ohne einmal auf die Gesetze zu sehen, fordert eine solche Entscheidung. Der Bürge hat nämlich auf den Fall der Restitution gut gesagt, und der Gläubiger hat zu seiner Sicherheit, da er dem Minderjährigen nicht allein trauete, sich einen Bürgen stellen lassen. Hier würde also der ganze Zweck der Kontrahenten wegfallen, wenn man behaupten wollte, daß der Bürge, wenn der Minderjährige restituiret wird, außer aller Verbindlichkeit sey.

§. 9. Diese Billigkeit wird aber auch noch durch die Gesetze unterstützet. So wird in der *L.* 13. *pr. ff. de minor.* dieser Fall ausdrücklich so entschieden: *si cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo: non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri: sed potius ipsi deneganda erit mandati actio.* Eine genaue Betrachtung dieses Gesetzes lehrt, daß darin die beiden Fälle: wenn nämlich der Bürge in Rücksicht auf das Alter, und wenn er sich schlechtweg verbürget hat, von einander unterschieden werden, so, daß in dem erstern Falle, dem Bürgen die Restitution des Minderjährigen gar nicht zu Statten kommt, da ihm vielmehr die actio mandati gegen den Minderjährigen abgesprochen wird.

§. 10. Es bleibt uns nun noch der letzte Fall übrig: wenn nämlich der Bürge sich schlechtweg, und ohne auf das minderjährige Alter zu sehen, verbürget hat. Hier behaupten wir, daß in einem solchen Falle, dem Bürgen allerdings die Restitution des Minderjährigen zu gute komme, und er folglich von seiner Verbindlichkeit befreiet werde. Wir wollen zuerst die Gründe dieser auch von vielen andern Rechtsgelehrten h) angenommnen Meinung vortragen, und nachher die dagegen vorgebrachten Zweifel beantworten.

§. 11. Es ist einmal bekannt, daß die Bürgschaft ein, dem Hauptkontrakte hinzutretender, Kontrakt sey. Sobald also der Hauptkontrakt aufgehoben wird, muß auch nothwendig nach der bekannten Regel: daß nach aufgehobner Hauptverbindlichkeit, auch die Neben-

ver-

h) *Rebuf* in tr. de reſt. in integr. Gloſſ. 3. n. 6. *Fulgoſius* ad L. 2. C. de fid. min. *Fulgin* ad L. 8. ff. de proc. *Oddus* de reſt. in integr. p. 1. qu. 48. art. 1. n. 20. *Faber* Coniect. lib. 8. cap. 3. et in Cod. Sabaud. tit. de fideiuſſ. min. def. 1. *Voetius* ad ff. Tit. de minor. §. 39. *Schulting* Jurispr. ante iuſtin. ad Paul. ſent. lib. 1. Tit. 9. §. 6. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 2. cap. 12. *Cocceji* J. C. Tit. de minor. qu. 9.

verbindlichkeit aufhören müsse, i) die dem Haupt=kontrakte angehängte Bürgschaft aufgehoben seyn. So dann ist ferner die Restitution, die in dem minderjährigen Alter ihren Grund hat, eine exceptio realis, diese aber ist nicht bloß an die Person gebunden, sondern sie nützet auch eben sowohl dem Bürgen, und aus dem Grun=de muß ihm auch schon die, von dem Min=derjährigen nachgesuchte, Restitution zu Statten kommen.

§. 12. Allein wir brauchen nur, um die Wahrheit unsrer Meinung zu zeigen, die Ge=setze reden lassen. Das erste Gesetz, worauf wir uns berufen, ist die *L.* 95. §. 3. *ff. de solut.* In diesem Gesetze ist der Fall enthal=ten, da der Bürge schlechtweg, und ohne Rück=sicht auf das minderjährige Alter, für einen Minderjährigen gut gesagt hatte, und nachmals dessen Erbe wurde. Hier nun wird gesagt, daß der Bürge, der dem Minderjährigen zuge=stand=

i) *L.* 43. *ff. de solut.* In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur: puta adpromissores, hypothecae, pignora: praeter quam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta, reus non liberatur.

L. 129. §. 1. *ff. de reg. iur.* Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

standnen Restitution, sich bedienen könne. Denn so heißt es: *auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit.* Wenn daher dem Bürgen, als Erben des Minderjährigen, die Restitution noch zusteht; so muß sie ihm auch alsdenn zum Nutzen gereichen, wenn der Minderjährige sich noch bei seinen Lebzeiten in vorigen Stand setzen läßt.

§. 13. Der zweite Beweisgrund unserer Meinung liegt in der *L.* 89. *ff. de adquir. vel omitt. hered.* wo es heißt: *si pupillus se hereditate abstineat, succurrendum est et fideiussoribus ab eo datis, si ex hereditario contractu convenirentur.* Zwar scheinet dieses Gesetz aus dem Grunde für uns nichts zu entscheiden, weil dasselbe nicht von der Restitution, sondern von einem Pupillen redet, dem auch ohne Restitution das beneficium abstinendi zusteht. [k])

Allein eben der Grund, der da bei einem Pupillen eintritt, tritt auch bei einem Minderjährigen ein. Denn wenn der Bürge eines Pupillen, in dem Falle, wenn letzterer von der Erbschaft abstiniret, von der Bürgschaft frei wird; warum sollte eben das bei dem Bürgen

k) L. 57. ff. de adquirend. vel omitt. hered.

gen eines Minderjährigen nicht Rechtens seyn, besonders da die Bürgschaft für einen Pupillen eben so verbindlich ist, als die für einen Minderjährigen? l)

§. 14. Endlich redet die *L.* 51. *ff. de procurat.* nicht undeutlich für unsre Meinung: *minor viginti quinque annis, si defensor existat, ex quibus causis in integrum restitui possit, defensor idoneus non est, quia et ipsi et fideiussoribus eius per in integrum restitutionem succurritur.*

Um unsre Meinung aus diesem Gesetze desto besser beweisen zu können, wollen wir den darin enthaltnen Fall hier anführen.

Ein Minderjähriger hatte sich in einen fremden Prozeß als Defensor gemischt. Ohne Sicherheitsleistung, daß man nämlich das, wozu man verurtheilet würde, bezahlen wolle, wurde niemand als Defensor zugelassen. m) Diese Sicherheit leistete der Minderjährige seinem Gegner durch Bürgen. In der Folge ließ sich aber der Minderjährige, gegen die übernommene Defension in vorigen Stand setzen, und

da

l) L. 127. ff. de verbor. oblig. L. 95. §. 4. ff. de solut.

m) L. 46. §. 2. ff. de procur. L. un. in fin. C. de satisd.

da wird nach diesem Gesetze der Bürge auch von seiner Verbindlichkeit losgesprochen.

§. 15. Es wird uns nunmehr nichts mehr übrig seyn, als die entgegengesetzte Meinung, daß nämlich dem Bürgen die Restitution des Minderjährigen auch in dem Falle nichts nütze, wenn jener sich schlechtweg, und ohne Rücksicht auf das minderjährige Alter, verbürget hat, zu prüfen. Viele Rechtsgelehrte n) sind dieser Meinung, und es fehlet ihnen auch nicht an Gründen, sie zu verthcidigen. Wir wollen die Gesetze, worin sie ihre Meinung zu finden glauben, anführen, und darauf sehen, ob daraus ihre Meinung sich beweisen lasse.

§. 16. Die *L.* 1. und 2. *C. de fideiuss. minor.* scheinen dem ersten Anblick nach, uns gerade entgegen zu stehen, und zu enthalten, daß die Restitution des Minderjährigen dem Bürgen nicht zu Statten komme. Denn so heißt es in dem ersten Gesetze: *postquam in integrum atatis beneficio restitutus es, periculum evictionis emtori praestare non cogeris. Sed ea res fideiussores, qui pro te intervenerunt, excusare non potest; quare*

n) *Donellus* comment. iur. civil. lib. 21. cap. 14. *Vinnius* select. iur. quaest. lib. 1. cap. 11. *Lauterbach* colleg. theor. pract. Tit. de minor. §. 20. *Struv* ex, 8. §. 60.

quare mandati iudicio, ſi pecuniam ſolverint aut condemnati fuerint, convenires, modo ſi eo quoque nomine reſtitutionis auxilio non iuvaberis, und in dem zweiten: *Si ea, quae tibi vendidit poſſeſſiones interpoſito decreto praeſidis, aetatis tantum modo auxilio iuvatur; non eſt dubium, ſideiuſſorem ex perſona ſua obnoxium eſſe contractui.* Iſt es nun gewiß, daß durch neuere Verordnungen die ſpätern aufgehoben werden; ſo ſcheinet auch der Schluß, daß durch dieſe Geſetze, die ältern, in den Pandekten enthaltnen Geſetze aufgehoben worden, ſeine unumſtößliche Richtigkeit zu haben.

§. 17. Allein es iſt nicht immer wahr, daß neuere Verordnungen die ſpätern aufheben, ſondern dies geſchieht nur alsdenn, wenn ſolche Aufhebung in den neuern Geſetzen ausdrücklich enthalten iſt. Iſt das nicht, ſo bleibt das ſpätere Geſetz bei ſeiner Gültigkeit, und leidet nur in dem, in dem neuern Geſetze enthaltnen Falle eine Ausnahme. Und ſo verhält es ſich auch hier. Die in den Pandekten enthaltnen Geſetze laſſen den Bürgen an der Reſtitution Theil nehmen, wenn er für einen Minderjährigen als einen Majorennen, nicht aber, wenn er für einen Minderjährigen in Rückſicht ſeines minderjährigen Alters gut geſagt hat. — Die in dem Codex enthaltne

Geſetze

Gesetze nehmen dem Bürgen gänzlich die Restitution. Wir müssen daher auch diese Gesetze auf einen solchen Fall einschränken, wo der Gläubiger sich aus dem Grunde hat einen Bürgen stellen lassen, weil er mit einem Minderjährigen kontrahirte.

§. 18. Aber wenn wir auch nur etwas genauer jene Gesetze ansehen wollen, so werden wir bald finden, daß sie uns gar nicht entgegenstehen.

Der in der *L.* 1. *C. de fideiuss. minor.* vorgetragne Fall ist dieser: ein Minderjähriger hatte eine Sache verkauft, und seinem Käufer Eviction geleistet und einen Bürgen gestellet. Der Minderjährige suchte wider den Verkauf Restitution nach, und erhielt sie auch. Hier war nun die Frage: ob der Bürge auf die Eviction belanget werden könne? welche bejahend entschieden wurde, und zwar mit Recht; denn der Bürge hatte sich auf den Fall der Eviction verbunden, und zwar ohne Bedingung, es mogte die Sache von einem dritten, oder von dem Minderjährigen evinciret werden.

Die Veranlassung zu der, in der *L.* 2. *C. de fideiuss. minor.* enthaltnen, Entscheidung ist zwar in dem Gesetze nicht ausgedrückt. Wenn man nun auch nicht annehmen will, daß die=

dieses Gesetz einen gleichen Fall enthalte, so muß man doch wenigstens soviel zugeben, daß dieses Gesetz aus andern so erkläret werden müsse, daß kein Widerspruch unter den Gesezzen entstehe.

§. 19. Die *L. 7. §. 1. ff. de except.* als der zweite Grund der gegenseitigen Meinung enthält folgendes: *Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus factum est. Idem dicitur si pro filiofamilias contra Sctum quis fideiusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto. Quod si dolus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.* In diesem Gesetze wird nicht nur gesagt, daß alle exceptiones reales dem Bürgen zustehen, sondern daß auch dem Bürgen, falls er sich für einen Minderjährigen verbürget habe, die Restitution zu Statten kommen müsse.

§. 20. Aber was man aus jenem Gesetze erweisen will, ist in der That nicht darin enthalten. Paulus, als Verfasser des Gesetzes, macht hier den Unterschied, ob der Min-

der-

derjährige bei einem Kontrakte *in re*, oder wie es Ulpian an einem andern Orte o) nennt *naturaliter*, d. i. mehr wegen seines jugendlichen Alters, als wegen der List des Gegentheils, oder ob er durch arglistige Beredungen hintergangen sey. Ist das letztre, so kann der Minderjährige nicht nur Restitution nachsuchen, sondern auch, falls er belangt werden sollte, der Einrede des Betrugs sich bedienen. Und diese Einrede steht dem Bürgen als eine exceptio realis alsdenn zu, wenn gleich der Minderjährige, weder die Restitution nachgesucht, noch jener Einrede sich bedienet hat. Hieher gehören die Worte: *Idem dicitur, si pro filio familias contra Sctum quis fideiusserit, aut pro minore viginti annis circumscripto.* Wenn aber der Minderjährige bloß *in re* hintergangen seyn sollte; so hat dieser, so wenig als der Bürge, die Einrede des Betrugs, weil kein wahrer Betrug da ist, und das wird durch die Worte: *quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio:* angezeigt. So weit geht eigentlich die gesetzliche Entscheidung. Wie aber, wenn der Minderjährige in diesem Falle restituiret wird, kommt die Restitution dem Bürgen auch zu gute? Diese Frage

ist

o) L. 16. §. 4. ff. de minor.

ist in jenem Gesetze nicht entschieden, mithin kann auch dasselbe auf unsern Fall nicht angewendet werden.

§. 21. Endlich beruft man sich noch auf die *L.* 25. *ff. de fideiuss.* worin es heißt: *Marcellus scribit, si quis pro pupillo, sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis esse ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.* Um aus diesem Gesetze einen Beweisgrund herzunehmen, hat man es so erklärt: Man nimmt nämlich an, daß das Gesetz von einem Pupillen, Unsinnigen und Verschwender rede, der ohne Einwilligung seines Vormundes oder Kurators, einem andern gültig verpflichtet sey. Dies geschieht aber, wenn die Verbindlichkeit nicht *ex consensu*, sondern *ex re* herrühret. Wenn nun einer von obigen Personen restituiret wird, so ist die Frage: ob der Bürge auch an der Restitution Theil nehme? und diese Frage wird aus dem Grunde verneinet, weil die actio mandati nicht Statt findet. Hieraus will man nun die Regel herleiten, daß der Bürge, an der Restitution des Minderjährigen keinen Theil nehme.

§. 22. Allein wir haben Grund genug, jene Regel zu verwerfen. Sie liegt nicht in dem Gesetze, und kann auch aus demselben

nicht

nicht erwiesen werden. Denn so redet Marcellus von einem Pupillen, Verschwender und Unsinnigen, die entweder aus einem Verbrechen, oder deswegen, weil ihr Nutze befördert ist, einem dritten sich verbindlich gemacht haben. Wie können aber dergleichen Personen von der Verbindlichkeit, den Schaden zu ersezzen, befreiet werden, da die Restitution nothwendig eine Verletzung von Seiten desjenigen, der sie nachsucht, zum voraussetzt. p) Eben so wenig können wir auch die Worte: *quoniam his mandati actio non competit* auf Bürgen ziehen. Nicht diesen, sondern den Pupillen, Verschwendern und Unsinnigen wird die actio mandati abgeschlagen.

§. 23. Noch einem Einwurf müssen wir begegnen; man setzt uns nämlich folgenden Schluß entgegen: Wenn gleich die Restitution den Minderjährigen von der bürgerlichen Verbindlichkeit befreiet, so bleibt dennoch die natürliche Verbindlichkeit übrig. Da nun der Bürge sich für letztere verbunden hat, so bleibt er auch noch immer, wenn gleich der Minderjährige restituiret wird, verhaftet. Daß aber nach der Restitution noch eine natürliche Verbind-

p) *L.* 11. *§.* 3. *ff. de minor.* Sciendum autem est, non passim minoribus subveniri, sed causa cognita, si capti esse proponuntur. *Conf. L.* 9. *§.* 2. *ff. eod. tit.*

bindlichkeit da bleibe, sucht man daraus zu beweisen, weil der Prätor durch die Restitution des Minderjährigen, zwar die bürgerliche, keinesweges aber die natürliche Verbindlichkeit aufheben konnte.

Allein falsch ist es, daß ein Bürge für jede natürliche Verbindlichkeit gleich stark verbunden sey; und wenn wir das auch zugeben, wenn wir auch ferner eingestehen, daß eine natürliche Verbindlichkeit, auch nach der Restitution noch übrig bleibe; so konnte ja der Prätor eben sowohl den Bürgen als den Minderjährigen von ihrer Verbindlichkeit entledigen.

§. 24. Noch hat man gesucht durch einige Distinctionen diese Streitfrage zu entscheiden. q) Man macht nämlich den Unterschied, ob dem Gläubiger, der mit einem Minderjährigen kontrahiret hat, noch eine Klage, um das Seinige zu erlangen, zustehe, oder nicht. In dem ersten Falle soll der Bürge an der Restitution Theil nehmen, nicht aber in dem letztern. Dieser Unterschied soll in den (§. 14. 15.) angeführten *L.* 51. *ff. de procur.* und in der *L.* 89. *ff. de adquir. vel omitt. hered.* gegründet seyn. Denn so sagt man, stände nach der *L.* 51. *ff. de procur.* dem Gläu-

q) *Accursius* ad L. 13. ff. de minor.

Gläubiger noch eine Klage gegen denjenigen zu, den der Minderjährige vertheidiget hat; und so nach der *L.* 89. *ff. de adquir. vel om. hered.* den Erbschaftsgläubigern gegen diejenigen, die die Erbschaft antreten.

§. 25. Allein es ist offenbar unrichtig, daß in jenen Fällen dem Gläubiger noch eine Klage zustehe. Denn wie, wenn derjenige, den der Minderjährige vertheidiget hat, abwesend oder arm ist? wie, wenn keiner die Erbschaft antreten will, oder die Erbschaft zur Bezahlung der Schulden nicht hinreicht? Würde in diesen Fällen den Gläubigern nicht daran gelegen seyn, daß die Bürgen noch in ihrer Verbindlichkeit blieben? Denn was ist wohl für ein Unterschied darunter, gar keine Klage, oder eine solche zu haben, die in allem Betracht ohne Nutzen ist. r)

§. 26. Noch andre s) nehmen zur Regel an, daß dem Bürgen des Minderjährigen die Restitution nicht zu Statten komme, und machen alsdenn eine Ausnahme, wenn der Bürge sich für einen Minderjährigen, der eine gewisse Person, z. B. Defensor, Erben vorstellet,

r) L. 6. ff. de dolo malo. L. 12. ff. de minor.

s) S. die in der (Note l) angeführten Rechtsgelehrten.

stellet, verbürget hat, und der Minderjährige hernach durch die Restitution diese Qualität wieder ablegt. Zum Beweis dieser Meinung beruft man sich gleichfalls auf die *L.* 51. *ff. de procur.* und *L.* 89. *ff. de adquir. vel omittend. hered.*

§. 27. Dieser Unterschied ist, wie wir bald sehen werden, in jenen Gesetzen nicht gegründet. Denn so ist es falsch, daß derjenige, der sich für einen Minderjährigen, der eine andre Person vorstellt, verbürget hat, von der Bürgschaft frei werde, wenn der Minderjährige durch die Restitution diese Person wieder ablegt. t) Ueberdem wird durch die Ausnahme, jene Regel über den Haufen gestoßen. Denn gesetzt, einer hat sich für einen Minderjährigen als Käufer, Pächter u. s. w. verbürget, und der Minderjährige läßt sich wider den Kauf, Pacht restituiren; so bleibt er natürlicher Weise kein Käufer und Pächter mehr. Wird man aber wohl behaupten können, daß in diesen Fällen der Bürge immer befreiet werde?

§. 28. Endlich bleibt uns noch übrig, die Meinung des Averans u) zu untersuchen. Dieser

t) L. 7. pr. ff. iudic. solvi.

u) Interpret. lib. 2. cap. 7.

ser setzt zur Regel: der Bürge nimmt keinen Theil an der Restitution. Die, seiner Meinung grade entgegenstehende, *L.* 51. *ff. de procur.* und *L.* 89. *ff. de adquir. vel. omitt. hered.* erklärt er auf folgende Art: Er sagt nach der *L.* 89. *de adqu. vel omitt. hered.* hatte ein Minderjähriger den Erbschafts-Gläubigern das zu bezahlen versprochen, was ihnen der Erblasser schuldig gewesen war, und zur Sicherheit dieses seines Versprechens Bürgen gestellet. So bald nun der Minderjährige restituiret wird; so höret er auf Erbe zu seyn, und die Verbindlichkeit des Erblassers, deren er sich durch die Antretung der Erbschaft unterzogen, höret jetzt in seiner Person auf. Er ist daher immer gegen die Erbschafts-Gläubiger, durch die Einrede des Betrugs gesichert, wenn er von denselben belanget werden sollte, und eben so auch sind es die Bürgen, da jene Einrede auch auf selbige geht. x)

§. 29. Um das Ungereimte eines solchen Arguments zu zeigen, brauchen wir nur jenen Fall in einen andern zu verwandeln. Wir wollen annehmen, ein Minderjähriger hat dem Käufer, wegen der demselben verkauften Sache Eviction versprochen, und deswegen Bürgen gestellet. Dies sein Versprechen ist gewiß auch

in

x) L. 7 ff. de except.

in der Meinung geschehen, weil er sich dazu schuldig erachtete, indem ein Verkäufer zur Eviction=Leistung verbunden ist. Wenn nun der Minderjährige gegen den Verkauf restituiret wird, so hört er auf Verkäufer zu seyn, und fällt daher auch die Eviction weg. Er so wohl, wie auch der Bürge müssen daher auch gegen den Anspruch des Käufers durch die Einrede des Betrugs gesichert seyn, welches jedoch den Gesetzen v) völlig entgegen ist.

§. 30. Die Erklärung der *L. 51. ff. de procur.* ist völlig erzwungen. Averan sagt: zu jedem Gerichte werden nothwendig drei Personen erfordert, nämlich ein Richter, Kläger und Beklagter. Fehlet eine von diesen, so ist das Gericht null nnd nichtig. Uebernimmt nun ein Minderjähriger die Vertheidigung eines dritten, so stellet er die Person des Beklagten vor, und sobald er sich restituiren läßt, fehlet es an der Person des Beklagten, mithin ist das Gericht alsdenn null, folglich ist auch die Bürgschaft von selbst aufgehoben.

§. 31. Soll jenes Argument richtig seyn, so können wir auch nunmehro so schließen. Zu jedem Kaufe werden zwei Personen, Käufer

v) L. 1. C. de fideiuff. minor.

fer und Verkäufer erfordert, fehlet eine, so ist auch kein Kauf da. Läßt sich nun der Minderjährige gegen den Verkauf restituiren, so ist kein Verkäufer da, folglich auch kein Kaufkontrakt, und so muß auch natürlicher Weise der Bürge, von seiner Verbindlichkeit befreiet werden.

Wer sollte aber nicht das falsche eines solchen Arguments einsehen. Denn bei jeder Restitution wird ein geschloßner Kontrakt aufgehoben, und so müste es daher immer wahr seyn, daß die Bürgen durch die Restitution, von ihrer Verbindlichkeit frei würden.

§. 32. Wie aber, wenn nun einer sich für einen Minderjährigen verbürget hat, wofür soll in zweifelhaften Fällen vermuthet werden; ob nämlich der Bürge schlechtweg, ohne auf das minderjährige Alter Rücksicht zu nehmen, oder in Rücksicht auf die Minderjährigkeit, sich verbürget habe? das letztre [z]) sowohl wie das erstre [a]) behaupten einige Rechtsgelehrte. Uns scheinet hiebei folgender Unterschied gemacht werden zu müssen. Es haben nämlich der Gläubiger und Bürge gewußt, daß sie mit einem Minderjährigen kontrahirten; oder einer

von

z) *Donellus* com. iur. civ. lib. 21. cap. 14. *Vinnius* select. iur. qu. lib. 1. cap. 11.

a) *Faber* coniectur. lib. 8. cap. 3.

von demselben hat es nicht gewußt. In letzterm Falle kann die Bürgschaft in Rücksicht des minderjährigen Alters nicht geschehen seyn. In dem ersten Falle muß man darauf sehen, ob nicht aus den vorhergehenden Traktaten etwas geschlossen werden könne. Kann man das aber nicht, so kommt es darauf an; ob der Minderjährige so reich sey, daß er keine Bürgen nöthig gehabt hätte, oder arm, so daß ihm der Gläubiger nicht trauen konnte. Ist das erstre, so vermuthet man, daß die Bürgschaft wegen der Minderjährigkeit geschehen sey: so wie auch in dem letztern Falle immer dafür gehalten wird, daß der Bürge wegen des minderjährigen Alters sich verbürget habe.

Nach eben den in §. 3. 4. 6. 7. vorgetragnen Distinktionen, muß auch folgende Frage entschieden werden: ob nämlich der Bürge an der Restitution solcher moralischen Personen, die man den Unmündigen gleich achtet, auch Theil nehme?

222.

222. Meditation.

Ob der Bürge eines Minderjährigen, wenn er Erbe des letztern wird, sich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedienen könne?

§. 1.

Die Entscheidung dieser Frage, hängt von den verschiednen Fällen ab, die sich dabei denken lassen, und kann daher auch nicht, wie Vinnius b) glaubt, ohne Unterschied beantwortet werden. Dieser behauptet nämlich: daß ein Bürge, wenn er Erbe eines Minderjährigen wird, der Restitution sich immer bedienen könne, weil diese Rechtswohlthat unstreitig dem Erben zustehe, und der Bürge hier nicht als Bürge, sondern als Erbe betrachtet werde.

§. 2. Vinnius verfehlet hier aber, wie man bald einsehen kann, den rechten Standpunkt. Denn wie, wenn der Gläubiger den Bürgen nicht als Erbe, sondern als Bürgen

bes-

b) Select. iur. quaest. lib. 1. cap. 11.

belangt, und auf das beneficium separationis, wie ihm zu thun frei steht, anträgt? Wir sehen schon hieraus, daß zwischen einem Bürgen als Erben, und zwischen einem andern Erben, ein großer Unterschied sey. Letzterer kann niemals anders als Erbe belangt werden, daher kann er auch aus der Person des minderjährigen Erblassers, die Restitution vorschützen.

§. 3. Es kömmt bei Entscheidung jener Frage lediglich darauf an: ob der Bürge als Erbe des Minderjährigen, auch bei dessen Lebzeiten an der Restitution würde Theil genommen haben, oder nicht. In dem erstern Falle kömmt ihm die Restitution allerdings zu Statten, nicht aber in dem letztern. Denn sobald der Bürge bei Lebzeiten des Minderjährigen an der Restitution würde Theil genommen haben, so kann hier auch der Tod des letztern, und daß der Bürge Erbe des Minderjährigen geworden ist, keine Veränderung machen. Der Bürge kann in diesem Falle so wenig als Erbe belangt werden, weil er aus der Person des Erblassers sich mit der Restitution schützen kann; noch als Bürge aus seiner eignen Person, da er gleichfalls durch die Restitution gedeckt ist.

§. 4. Hat aber der Bürge bei Lebzeiten des Minderjährigen diese Rechtswohlthat nicht ge-

genießen können, so hat er sich auch als Erbe derselben nicht zu erfreuen. Denn hier belangt ihn der Gläubiger nicht etwa als Erbe, sondern als Bürge, und kann daher auf das beneficium separationis antragen, nicht etwa in der Absicht, daß die Güter des Erblassers und Bürgen, sondern daß die Verbindlichkeit des Verstorbenen und Erben von einander abgesondert werden. Daß aber auch hier die Absondrung Statt finde, ist außer allem Zweifel; man braucht nur, um sich davon zu überzeugen, die *L. 3. pr. et §. 1. ff. de separat.* anzusehen, worin fast ein ähnlicher Fall vorgetragen wird.

Daher wir dieses Gesetz hier nur herzusezzen nöthig haben. *Debitor fideiussori heres extit, eiusque bona venierunt, quamvis obligatio fideiussionis extincta sit, nihilominus separatio impetrabitur, petente eo: cui fideiussor fuerat obligatus: sive solus sit hereditarius creditor, sive plures, neque enim ratio iuris, quae causam fideiussionis propter principalem obligationem, quae maior fuit, excluſit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat.*

§. 5. Der stärkste Zweifel, der uns hier entgegen steht, liegt in der *L. 95. §. 1. ff. de*

de ſolut. worin geſagt wird: *quod vulgo iactatur, fideiuſſorem, qui debitori heres extit, ex cauſa fideiuſſionis liberari: totiens verum eſt, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur; nam ſi reus duntaxat fuit obligatus, fideiuſſor liberabitur. E contrario non poteſt dici, non tolli fideiuſſoris obligationem, ſi debitor propriam et defenſionalem habuit defenſionem, nam ſi minor viginti quinque annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum deceſſit, herede fideiuſſore, difficili eſt dicere, cauſam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori eſſe, retinere fideiuſſoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fideiuſſor acceſſit ſine contemplatione iuris praetorii: auxilium igitur reſtitutionis fideiuſſori, qui adoleſcenti heres extit, intra conſtitutum tempus ſalvum erit.*

§. 6. Die verſchiednen Verbeſſerungen und Erklärungen, denen dieſes Geſetz unterworfen geweſen iſt, kennen zu lernen, iſt der Mühe werth.

Cujaz [c]) ſucht auf folgende Art jenes Geſetz zu verbeſſern, er glaubt nämlich, daß Statt

c) Obſerv. lib. 11. cap. 33.

Statt der Worte: *nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur*; so gelesen werden müsse: *nam si reus natura duntaxat fuit obligatus, fideiussor non liberatur.* Diese veränderten Worte erkläret er nachgehends so, er sagt: man müsse darauf sehen, ob die Hauptverbindlichkeit vollkommen sey, so daß aus derselben eine wirksame Klage entstehe; oder ob der Hauptschuldner nur naturaliter verbunden, hingegen die Nebenverbindlichkeit stärker sey. In diesem letztern Falle würde die Verbindlichkeit des Bürgen nicht aufgehoben, weil nicht aus der Haupt- sondern Nebenverbindlichkeit geklagt würde. In dem erstern Falle würde aber die Verbindlichkeit des Bürgen aufgehoben, weil durch die Antretung der Erbschaft beider Verbindlichkeit, sowohl des Erben als Bürgen, mit einander vermischt würden.

§. 7. Wenn nun aber auch durch diese Erklärung das Gesetz in ein helleres Licht gesetzt würde; so können wir doch jener gemachten Veränderung um deswegen nicht beipflichten, weil nicht nur nach dem Zeugniß Wielings d) alle Handschriften einerlei Leseart haben, sondern auch das Gesetz ohne einige Aenderung deutlich genug ist.

§. 8.

d) Lect. iur. civ. lib. 2. cap. 12.

§. 8. Dieser vom Cujaz gemachten Erklärung folgt auch Faber. e) Er sagt: man müsse, im Fall ein Bürge einen Minderjährigen erbe, darauf sehen, ob die Verbindlichkeit des Hauptschuldners stärker sey, als des Bürgen, oder nicht. — Wäre das erstre; so wäre die Verbindlichkeit des Bürgen aufgehoben, nicht aber im letztern Falle. Und da die Worte des Gesetzes *retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit*, ihm entgegenstehen; so verbessert er das Gesetz durch folgende Lesart: *difficile est dicere, causam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, ac non potius solam manere minoris obligationem, quae principalis fuit.*

Es wird nöthig seyn, hiegegen etwas zu sagen, da durch die willkührlich unternommene Veränderung der Sinn des Gesetzes ganz entstellet wird, und solche auch nirgends gegründet ist.

§. 9. Nichts besser ist die unternommene Veränderung des Leoninus, f) welcher die Verneinungs-Partikel *non* in den Worten *e contrario non potest dici, tolli fideiussoris obli-*

e) Coniectur. lib. 8. cap. 4.

f) Lib. 3. emend. cap. 3.

obligationem ausläßt, und so lieſt: *e contrario non poteſt dici, tolli ſideiuſſoris obligationem.* Dieſe Veränderung iſt dem Sinne des Geſetzes völlig entgegen, wie der angeführte Fall von einem Minderjährigen, und der hinzugefügte Entſcheidungsgrund, deutlich lehret.

§. 10. Eben das gilt auch von der von Voorda g) unternommenen Verändrung, der, Statt der Worte: *difficile eſt dicere cauſam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori eſſe,* folgendes einſchalten will: *difficile eſt dicere per cauſam, hoc eſt obtentu iuris honorarii, quae potuit auxilio minori eſſe.* Denn ſelbſt durch dieſe Einſchaltung kommt nicht nur kein andrer Sinn des Geſetzes heraus, ſondern ſie iſt auch allen Handſchriften zuwider.

§. 11. Allein ohne alle Verändrung iſt jenes Geſetz deutlich genug, wie Wieling h) gezeigt hat. Um den Verſtand des Geſetzes deſto beſſer einzuſehen, ſetzt er folgende Regeln feſt.

Die erſte iſt: wenn der Hauptſchuldner dem Bürgen, oder umgekehrt der

Bürge

g) Interpr. et emend. cap. 20.
h) Lect. jur. civ, lib. 2. cap. 12.

Bürge dem Hauptschuldner erbt, so ist die Verbindlichkeit des Bürgen erloschen. i) Weil aber diese Konfusion beider Verbindlichkeiten dem Gläubiger nicht schaden kann, steht es ihm frei, auf die Separation des Vermögens anzutragen. k)

Die zweite Regel: die Verbindlichkeit des Bürgens bleibt nach der Antretung der Erbschaft gültig, wenn der Hauptschuldner nicht völlig verbunden war. Hier steht dem Gläubiger die actio ex stipulatu gegen den Bürgen zu. l)

Die dritte Regel: wenn der Bürge für einen Minderjährigen schlechtweg gut gesagt hat, und nachmals dessen Erbe wird, so kommt ihm die Restitution zu Statten. m). Der Grund davon ist dieser, weil hier der Bürge, falls er auch kein Erbe des Minderjährigen geworden wäre, an der Restitution würde Theil genommen haben.

Die

i) L. 5. 14. 21, §. 4. ff. de fideiuff. *iunct.* L. 93. et 95. ff. de solut.

k) L. 3. ff. de separt.

l) L. 95. §. 3. ff. de solut.

m) L. 95. ff. de solut.

Die vierte Regel: ein Bürge, der sich nicht schlechtweg, sondern in Rücksicht auf das minderjährige Alter des Minderjährigen verbürget hat, kann sich der Restitution nicht bedienen. n)

§. 12. Nach vorausgesetzten Regeln, umschreibt er jenes Gesetz so. Der für einen rechtlichen Grundsatz ausgegebne Satz: daß ein Bürge, welcher den Hauptschuldner erbet, von seiner Verbindlichkeit, worin er als Bürge gestanden, befreiet werde, aber doch als Erbe verbunden bleibe, ist alsdenn wahr, wenn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners gültig war, und der Erbe desselben von dem Gläubiger belanget werden kann. Denn so oft der Hauptschuldner nur verbunden gewesen ist, wird auch der Bürge von seiner Verbindlichkeit befreiet. Im Gegentheil wird zuweilen die Verbindlichkeit des Bürgen aufgehoben, wenn gleich die Hauptverbindlichkeit, in Absicht ihrer Wirkung, gültig zu seyn, aufgehöret hat; z. B. wenn dem Schuldner aus seiner eignen und persönlichen Vertheidigung die Restitution zusteht, als in dem Falle, wenn jemand einem Minderjährigen auf guten Glauben Geld geliehen

n) L. 12. §. 11. ff. mand. L. 13. ff. de minor.

hen, dieser aber das geliehne Geld verschwendet hat, und innerhalb der Zeit, da er sich wegen seines Alters hatte restituiren lassen, gestorben ist. In diesem Falle kann nicht gesagt werden, daß bei Lebzeiten des Minderjährigen die Verbindlichkeit durch die Restitution zwar hätte aufgehoben werden können, nicht aber die Verbindlichkeit des Bürgen als Erben, da eben dies diejenige Hauptverbindlichkeit ist, die der Minderjährige contrahiret hat, und der der Bürge, ohne Rücksicht auf jene prätorische Rechtswohlthat, beigetreten war. Hier also kommt nicht weniger dem Bürgen, als Erben des Minderjährigen die Restitution, welcher der Minderjährige sich bei seinem Lebzeiten hätte bedienen können, innerhalb der gesetzten Zeit zu Statten.

223.

223. Meditation.

Ob und in wie weit kann sich der Bürge eines Minderjährigen für seine Person auf die Restitution berufen, ohne daß der Minderjährige seine Zuflucht dazu genommen hat?

§. 1.

Es kann sich zuweilen der Fall zutragen, daß der Minderjährige der ihm sonst zustehenden Restitution sich nicht bedient, und entsteht zugleich die Frage: ob sich der Bürge für seine Person auf die Restitution berufen könne? Um diese Frage richtig beantworten zu können, muß man sich einen solchen Fall gedenken, da die Bürgschaft ohne Rücksicht auf das minderjährige Alter geschehen ist. Denn hat der Bürge für einen Minderjährigen, im Betracht seines minderjährigen Alters gut gesagt; so ist weiter kein Streit, daß ihm so wenig in diesem Falle, die bereits erlangte, als die etwa noch nachgesucht werden könnende Restitution des Minderjährigen, zu Statten kommen könne.

§. 2. Nehmen wir also an, daß die Bürgschaft ohne Rücksicht auf das minderjährige Alter geschehen sey, und daß sich der Minderjährige der Restitution nicht bedienen wolle: so muß man darauf sehen, ob die Verbindlichkeit, welcher der Bürge beigetreten, schon erfüllet ist, oder nicht. In dem ersten Falle ist diese Frage außer Streit. In dem letztern kommt es darauf an, ob der Bürge von dem Gläubiger belangt ist, oder nicht. Ist er bereits von dem Gläubiger belangt, so kann er sich mit der exceptio ordinis schützen, falls er nicht dieser Einrede sich begeben hat, oder der Minderjährige arm ist. Sollte dieser letztre Fall eintreten, so steht ihm allerdings eben so gut die Restitution zu, als wenn der Minderjährige wirklich restituiret wäre. o)

Wenn aber der Bürge noch nicht belanget ist; so kann er allemal, falls er befürchten sollte, daß die gesetzliche Zeit der Restitution verstrichen, oder der Minderjährige im Abfall seines Vermögens gerathen möchte, den Gläubiger zu klagen provociren.

§. 3. Sollte endlich der Minderjährige ipso iure sicher seyn, und keiner Restitution bedür-

o) L. 32. ff. de fideiuff.

bedürfen, so kann auch der Bürge nicht weiter verbunden seyn. Denn ist die Hauptverbindlichkeit nichtig, so muß es auch die Nebenverbindlichkeit seyn.

Eben so kann es auch kommen, daß die Restitution dem Minderjährigen nichts hilft, wenn sie nicht auch zugleich dessen Bürgen angedeihet. Hier behaupten fast alle Rechtsgelehrte, daß alsdenn dem Bürgen die Restitution allezeit zu Statten komme. Allein man kann das so uneingeschränkt nicht behaupten. Denn sobald sich der Bürge in Rücksicht auf das minderjährige Alter verbürgt hat, hat er sich auch auf den Fall einer Restitution verbürget. Es würde daher höchst unbillig seyn, den Gläubiger, der sich völlig sicher zu seyn glaubte, in Schaden zu stürzen und den Bürgen, der sich doch an dem Minderjährigen erholen kann, frei zu sprechen.

224. Meditation.

Zinsen des Verzugs werden nicht bezahlet, wenn eine Forderung mit Arrest belegt ist.

§. 1.

In der drei und zwanzigsten Meditation haben wir angeführet, daß die Zinsen deswegen zu laufen nicht aufhören, wenn der Richter ein Kapital mit Arrest beleget hat; wir haben aber zugleich bemerket, daß dies nur von den gesetzlichen und versprochnen, nicht aber von den Verzugs-Zinsen zu verstehen sey. Dies letztere hat auch seine unbezweifelte Richtigkeit. Zinsen des Verzugs gebühren, selbst dem Wortbegrif nach, nur alsdenn, wenn ein Verzug von Seiten des Zahlers da ist. Dieser fehlet aber, sobald der Richter die Auszahlung untersaget hat. p)

§. 2.

p) *Cocceji* Tom. 2. resp. 223. n. 2. *Mevius* de arrest. cap. 9. n. 51. *Boehmer* Tom. 2. resp. 411. n. 8. 9. Strube rechtl. Bedenk. Tom. 4. Bed. 102. *Fratr. Beckmannorum* Conf. T. 2. dec. 51. nr. 13. Unsere Meditat. B. 6. Med. 327. §. 5.

§. 2. Aus einem Legate forderte Titius von dem Erben Zinsen, weil er während des Arrestes solches in seiner Verwahr behalten, und nicht gerichtlich deponiret hatte. Nun ist es zwar wahr, daß bei den gesetzlichen und versprochenen Zinsen, solche nicht anders zu laufen aufhören, als wenn das Kapital gerichtlich deponiret ist: allein das kann hier um so weniger behauptet werden, da die Verzugs-Zinsen, nicht eher zu laufen anfangen, bis ein Verzug da ist, folglich auch durch die gerichtliche Niederlegung der Lauf noch nicht da seyender Zinsen, nicht gehemmet werden kann. Und das ist doch der Zweck der gerichtlichen Niederlegung, daß der Lauf der Zinsen aufhöre.

§. 3. Der Erbe bewies ferner, theils daß er von den vorräthigen Erbschaftsgeldern, gleich nach Eröfnung des Testaments, die Legaten-Gelder in einem Beutel versiegelt habe, an der Abschickung aber durch den verhängten Arrest gehindert sey: theils daß er diesen Beutel so versiegelt stehen gelassen, und das Geld nicht gebraucht, theils auch, daß er, sobald der Arrest losgegeben sey, das vermachte Geld an Titius geschickt habe.

Da hier nun von Seiten des Erben kein Verzug war, auch derselbe das Legat nicht genutzet hatte, so wurde derselbe von Bezahlung der Verzugs-Zinsen frei gesprochen.

§. 4.

§. 4. Hier läßt sich noch die Frage aufwerfen: Wenn der Erbe das Legat, während des Arrestes auf Zinsen ausgethan haben sollte: ob alsdenn dieser auch schuldig sey, die davon erhobenen Zinsen mit herauszugeben?

Wenn man hier annimmt, daß von einem Legat nur bloß Verzugs-Zinsen gebühren, ein Verzug im gegenwärtigem Falle nicht da ist; ferner daß es dem Vermächtnißnehmer gleich viel seyn müsse, ob der Erbe während des Arrestes das Geld benutzet habe oder nicht, da ihm dessen Gebrauch ganz unschädlich ist [9]): so sollte man beinahe dafür halten, daß die erhobenen Zinsen nicht mit dem Vermächtniß herausgegeben werden müsten. Allein hält man dagegen, daß hier jene vom Erben gehobenen Zinsen, nicht als Verzugs-Zinsen, sondern mehr als ein Zuwachs, oder wenn mans so nennen kann, als Früchte des Vermächtnisses, gefordert werden, und diese allemal nach den Gesetzen dem Vermächtnißnehmer zukommen, ferner in diesem Falle der Erbe, wie uns scheint, als ein negotiorum gestor angesehen werden kann: so ist wol immer mit mehrerm Grunde zu behaupten, daß der Erbe, wenn er während des Arrestes, von dem Vermächtniß, Zinsen gehoben hat, solche auch zugleich mit herausgeben müsse.

9) S. Struben a. a. O. am Ende.

225. Meditation.

Einer kann sich um deswillen von Ablegung eines Zeugnisses nicht lossagen, wenn er gleich eidlich angelobet hat, kein Zeugniß in der Sache zu geben.

§. 1.

Es machte Titius, an des Cajus Erben, aus einem mit deren Erblasser, kurz vor seinem Ende gehabten gemeinschaftlichen Handel, eine Forderung von 75 Rthlr., und weil die Erben solche ableugneten, auch der Titius keine schriftliche Dokumente darüber in Händen hatte: so schlug er zum Beweis seines Vorgebens, zwei Zeugen vor, welche bei diesem Handel zugegen gewesen waren.

§. 2. Die beiden Zeugen suchten anfangs dadurch das Zeugniß von sich abzulehnen, theils weil sie nicht als Zeugen bei diesem Handel zugezogen wären, theils ihnen auch die Sache so genau nicht mehr erinnerlich sey. Weil sie aber hiemit nicht durchkommen konnten: so stellten sie endlich vor, sie hätten dem Cajus eidlich angelobet, kein Zeugniß in dieser Sache ab-

abzugeben, und vermeinten, daß sie ohne Verletzung ihres Gewissens dem eidlichen Versprechen, nicht zuwider handeln dürften.

§. 3. Es ist bekannt, daß der Regel nach, ein jeder verbunden ist, Zeugniß in einer Sache abzulegen, und unter den Ausnahmen von dieser Regel, ist gar nicht der Fall begriffen, wenn jemand eidlich angelobet hat, dieses nicht zu thun; vielmehr erkennen selbst unsere Gesetze r) eine solche Entschuldigung für unzulänglich, und einen solchen Eid für unverbindlich.

Was für Unordnungen würden daraus nicht entstehen, und wie selten würde die Wahrheit einer Sache können entdeckt werden, wenn ein solches eidliches Versprechen, einen vom Zeugniß befreien könnte? Beide Zeugen wurden daher auch, ihres Einwendens ungehindert, zur Ablegung ihres Zeugnisses angehalten.

r) Cap. 18. X. de testibus. Cap. 4. und 11. X. de testib. cogend. *Gail* Lib. 1. obs. 100. n. 3. 4. *Mevius* P. 4. decis. 20. n. 2. *Mynsinger* Cent. 2. obs. 78.

226. Meditation.

Nach dem Tode des Leibzüchters, fallen die, von der Meyerey auf die Leibzucht mitgenommenen Sachen, dem Meyerstande wieder zurück, und können die Gläubiger des Leibzüchters sich hieraus nicht bezahlt machen; eben so wenig auch aus den rückständigen Brautschatzgeldern des Leibzüchters.

§. 1.

Ein Leibzüchter hatte auf der Leibzucht verschiedene Schulden gemacht, und nach dessen Tode, suchte einer von den Gläubigern darum nach, daß zu seiner Befriedigung, das in der Leibzucht befindliche Vieh möchte verkauft werden. Dieses war aber von der Meyerey mit auf die Leibzücht genommen, und fiel daher auch dem Meyerstande wieder zu.

Zwar wollte der Gläubiger behaupten, der Meyer sey als Erbe des Leibzüchters auch verbunden, dessen Schulden zu bezahlen; allein

der

der Meyer ist hier als kein Erbe anzusehen, und erhält nicht, die auf die Leibzucht, von der Meyerey mitgenommenen Sachen, vermöge des Erbrechts, sondern diese fallen ihm als Eigenthumsherrn davon zu. Der Leibzüchter hat von diesen Sachen, so lange er lebt, nur bloß den Nießbrauch, und kann so wenig darüber disponiren, als Schulden darauf machen. Sie fallen nach dem Tode des Leibzüchters dem Meyerstande wieder zurück, und können die Gläubiger des Leibzüchters sich hieraus nicht bezahlt machen.

§. 2. Ein anders aber ist es, wenn die Leibzüchter auf der Leibzucht etwas erworben, und sich außer den, vom Meyerstande mitgenommenen Sachen, andere angeschaft haben. Hierüber stehet ihnen das Eigenthum zu, und der Meyer ist, wenn er diese als Erbe zu sich nehmen will, auch verbunden, hievon die Schulden des Leibzüchters, so weit sie dazu hinreichen, zu bezahlen. s)

§. 3. Hiebei läßt sich noch die Frage aufwerfen: Wenn einer von den Leibzüchtern, der fremd auf den Meyerstand geheirathet hat, noch von seinem Brautschatze oder Erbtheile etwas ausstehen hat, ob auch hieran dessen Gläubiger An=

s) Man vergleiche hiemit Strubens rechtliche Bedenken, Th. 5. Bed. 42. und 67.

Anspruch machen könne? Wenn hierüber in den Landesgesetzen nichts verordnet ist: so halten wir dafür, daß, da theils der Brautschatz zum Besten des Colonats inferiret ist, theils auch der Leibzüchter in gewisser Rücksicht desselben, zugleich mit die Leibzucht genießet, — solcher auch dem Meyerstande gehöre, und die Gläubiger des Leibzüchters sich hieran kein Recht anmaßen können. t)

---

227. Meditation.

Wer statt einer Hecke, eine Planke setzen läßt, kann die Observanzmässige Weite wieder hinausrücken.

§. 1.

Der Käufer eines Garten, welcher durch eine Hecke von des Nachbars Garten getrennt war, wollte statt derselben eine Planke dazwischen setzen lassen, und rückte zu dem Ende damit drei Fuß weiter hinaus. Der Nachbar beschwerte sich darüber, und vermeinte, jener müste die

t) Hiebei kann nachgelesen werden Strube rechtliche Bedenken, Th. 3. Bed. 110. und die daselbst angeführten Schriften.

die Planke auf die Stämme der weggenommenen Hecke hinsetzen.

§. 2. Die Observanz, nach welcher derjenige, welcher eine Hecke neben eines fremden Grund und Boden setzet, drei Fuß auf den Seinigen hereinrücken muß, war sowohl, wie auch das Eigenthum der Hecke, außer Zweifel. Der Nachbar aber glaubte, daß dieses nicht hinlänglich sey, den andern zu berechtigen, die Planke drei Fuß weiter, als die Stämme der Hecke zu setzen, und zwar deswegen, weil von demselben noch nicht erwiesen sey, daß zu der Zeit, wie die Hecke gepflanzet worden, auch der damalige Eigenthümer drei Fuß wirklich auf das Seinige hereingerücket sey. Er verlangte also hierüber erst dessen Beweis.

§. 3. Allein der Beklagte konnte mit diesem Beweise nicht beschweret werden. Eines Theils konnte der Kläger nicht einmal in Abrede stellen, daß der Beklagte beim Einbinden und Beschneiden der Hecke, in seinen Garten gekommen sey, und das bei der Hecke zu nahe gepflanzte Gemüse bei dieser Arbeit, ohne Widerrede zertreten habe; andern Theils aber, handelte er hier der Observanz gemäß; und wollte daher der Kläger in diesem Falle eine Ausmache verlangen: so war er auch schuldig seine Exception zu beweisen, welches er aber

nicht

nicht vermogte. Er wurde deshalb auch mit seiner Klage abgewiesen. u)

228. Meditation.

Es ist dem Eigenthumsherrn, in gewisser Rücksicht, nicht verboten, seine Brachfelder mit Sommerfrüchten zu bestellen, wenn ein anderer auf den Grund und Boden die Hudegerechtigkeit hat.

§. 1.

Es ist in den meisten Ländern, wo die Brache eingeführet ist, gebräuchlich, einen gewissen Theil derselben mit jährlichen Pflanzen, als Flachs, Rüben u. dgl. zu bestellen. Dieses nennt man die gesommerte Brache.

In verschiedenen Ländern sind darüber Verordnungen, der wie vielte Theil der Brache, auch mit was für Früchten solche bestellt werden darf, und gemeiniglich ist dieses eingeschränkt,

u) Einen ähnlichen Fall mit diesem hat Strube in den rechtlichen Bedenken, Th. 5. Bed. 134.

schränkt, damit die Hude besonders für das Schafvieh nicht zu sehr beeinträchtiget werde.

§. 2. In den Ländern aber, wo darüber keine bestimmte Gesetze sind, pflegt gemeiniglich doch, durch die Observanz schon ein gewisses hergebracht zu seyn, wornach man sich also zu richten hat.

Das Recht der Hude auf des andern Grund und Boden, erstreckt sich aber nicht so weit, dem Eigenthümer das Sommern der Brache ganz zu untersagen.

Es ist zwar gegründet, daß ein Eigenthumsherr, seinen Grund und Boden, zum Nachtheil dessen, dem eine Servitut darauf zustehet, nicht verändern darf: x) allein dies kann so weit, wie hier geschehen würde, nicht ausgedehnt werden.

§. 3. Das Bestellen der Brache mit Sommerfrüchten, ist ein Recht, welches uns vermöge des Eigenthums unsers Grundes und Bodens zustehet. Dieses kann uns aber, durch die Hudegerechtigkeit eines dritten, nicht genommen werden, wenn nicht derselbe hinlänglich erweisen kann, daß ihm diese auch so weit concediret sey, oder er durch eine rechtmäßige Verjährung

x) L. 13. §. 1. ff. de servit. rust. præd.

rung solches Recht erlanget habe. y) Denn bekanntlich muß eine jede Servitut immer eher eingeschränket, als erweitert werden.

§. 4. Wir nehmen hier aber, wie sich von selbst verstehet, an, daß das Sommern der Brache, nach den im Lande darüber festgesetzten Bestimmungen, es mag nun durch Gesetze oder Observanz seyn, geschehe, und nicht dem zuwider das ganze Brachfeld mit Sommerfrüchten bestellt werde.

Da sich nun hiernach die Eigenthümer gewisser Ländereien, worauf dem Pächter eines Guts die Hude zustand, jederzeit bei Bestellung ihrer Brachfelder einschränkten, so konnte auch der Pächter mit seiner Beschwerde, daß ihm durch das Sommern der Brache seine Hude verkleinert würde, nicht gehöret werden, sondern er wurde mit seiner Beschwerde, als ungegründet, abgewiesen.

y) *Hommel* Rhaphsod. Quaest. Obs. 34. *Estor* ius germ. §. 2068. Selchow Rechtsfälle B. 4. Nr. 102. S. auch Icti Erford apud Schorch. N. 83.

229. Meditation.

Der Käufer ist schuldig, auch alsdenn von den Kaufgeldern Zinse zu geben, wenn er gleich von der gekauften Sache keine Früchte gehoben hat, oder hat heben können.

§. 1.

Nach geschlossenem Kauf ist der Käufer, sobald ihm die Sache von dem Verkäufer übergeben worden ist, schuldig, auch von seiner Seite den Kontrakt zu erfüllen, und die eingewordnen Kaufgelder, wenn nicht auf Borg gehandelt ist, zu bezahlen. Thut er dies nicht, so ist der Verkäufer berechtiget, von ihm die Zinsen der schuldigen Kaufgelder zu fordern. Diese Verbindlichkeit ist dem Käufer von den Gesetzen auferlegt, und beruhet selbst in der natürlichen Billigkeit. Nur mögte das zweifelhaft seyn, ob eben diese Gesetze den Käufer zur Zinszahlung verbinden, wenn ihm zwar von dem Verkäufer, die Sache übergeben ist, er aber keine Früchte von derselben gehoben hat. Dem ersten Anschein nach, spricht hier die Billigkeit den Käufer, von der Bezahlung der

Zinsen

Zinsen frei. Denn da er keinen Nutzen von der gekauften Sache gehabt hat, so ist es auch unbillig, von ihm Zinsen zu verlangen.

§. 2. Es ist daher kein Wunder, wenn jener Fall von den Rechtsgelehrten nicht auf gleiche Weise entschieden wird, 3) da theils die Gesetze diesen Fall nicht so deutlich entscheiden; theils die Billigkeit hier weniger für den Verkäufer, als Käufer zu streiten scheinet. Wir haben aber schon angeführet, daß wir den Käufer allerdings zur Bezahlung der Zinsen schuldig erkennen, wenn er gleich von der gekauften Sache keine Früchte gehoben hat.

§. 3. Der Grund dieser Entscheidung beruhet in der gesetzlichen Regel: nach welcher

ruhet

3) Mit uns stimmen überein *Carpzov* part. 3. const. 30. def. 6. et in resp. lib. 4. Tit. 7. resp. 52. n. 11. *Mevius* part. 6. dec. 33. *Christinaei* decis. vol. 3. dec. 75. *Cocceji* J. C. Tit. de act. emt. vend. qu. 18. *Leyser* sp. 211. n. 1. *Tenzel* de usur. citra mor. vel convent. praest. §. 20. *Madihn* princ. iur. rom. §. 174. Höpfners Com. über die Heinec. Inst. §. 880. S. 757. Strube rechtl. Bedenken Th. 3. Nr. 89. Der entgegengesetzten Meinung sind *Covarruvius* resp. lib. 3. cap. 4. *Fachineus* lib. 2. cap. 32. *Manzius* dec. Palat. dec. 6. *Berlich* part. 2. concl. 38. n. 14.

der Käufer, sobald ihm die gekaufte Sache übergeben ist, und er die Bezahlung der Kaufgelder versäumet, auch zur Verzinsung derselben verbunden ist. a) Diese Regel ist ganz allgemein, und selbst der Billigkeit auch in diesem Falle angemessen. Denn wenn gleich der Käufer keine Nutzungen von der gekauften Sache gehabt hat; so hat er doch der Natur des Kaufkontrakts zuwider, die Kaufgelder nicht nur an sich behalten, sondern auch nutzen können. Hingegen aber hat der Käufer nicht bloß der verkauften Sachen, sondern auch der Kaufgelder entbehren müssen.

Auf welcher Seite würde hier also der Schade seyn? nicht auf Seiten des Käufers, denn seine eigne Schuld ist es, daß er das, was er schuldig war, nicht sogleich entrichtete; hat er aber wirklich dadurch Schaden gelitten, daß er die gekaufte Sache, ohne davon Früchte zu

a) L. 13. §. 20. ff. L. 5. C. de act. emt. vend. L. 18. §. 1. ff. de usur. L. 2. C. de usur. *Sweder* de usuris pretii tardius soluti. §. 17. Venditor eo ipso, dum mercem tradit, tacite emtorem, ut sibi pretium solvat, admonet, quod ut accipiat, ideo ipsi rem vendit. Si igitur emtor tempus hoc traditionis salutioni pretii quasi praestitutum negligit, haud iniuria ex eo propter moram ad usuras obligatur.

zu genießen, beſeſſen hat; ſo kann darauf keine Rückſicht genommen werden. b)

§. 4. Allein wir werden nicht beſſer von der richtigen Entſcheidung jener Frage urtheilen können, als wenn wir die gegenſeitigen Einwürfe kennen zu lernen, uns bemühen.

Die Gründe, worauf ſich die gegenſeitige Meinung ſtützet, ſind aus den in der (Not. a.) angeführten zwei Geſetzen, nämlich der *L.* 13. §. 20 *ff.* und *L.* 5. *C. de act. emt. vend.* hergenommen. Die Worte des erſtern Geſetzes ſind folgende: *veniunt autem in hoc iudicium infra ſcripta, inprimis pretium, quanti res venit: item uſurae pretii poſt diem traditionis, nam cum re emtor fruatur, aequiſſimum eſt, eum uſuras pretii pendere.* Und die *L.* 5 *C. de act. emt. vend.* verordnet folgendes: *curabit Praeſes provinciae, compellere emtorem qui nactus poſſeſſionem fructus percepit, partem pretii, quam penes ſe habet, cum uſuris reſtituere, quas et perceptorum fructuum ratio, et minoris aetatis favor (licet nulla mora interceſſerit) generavit.*

Da dieſe Geſetze von dem Fall reden, wenn der Käufer die Sache hat gebrauchen können, ſo ſucht

b) *L.* 203. *ff. de reg. iur.* Quod quis ex ſua culpa damnum ſentit, non intelligitur damnum ſentire.

sucht man durch ein sogenanntes argumentum a contrario sensu, die gegenseitige Meinung zu beweisen, wenn man so schließt: wenn der Käufer zur Bezahlung der Zinsen, alsdenn verbunden ist, wenn er Nutzungen aus der gekauften Sache gezogen; so folgt, daß er zur Verzinsung der Kaufgelder alsdenn nicht gehalten sey, wenn er keine Früchte gehoben hat.

§. 5. Ehe wir wider diesen Schluß etwas erinnern, wollen wir beide Gesetze etwas näher betrachten. Es ist wahr, beide Gesetze legen dem Käufer die Verbindlichkeit auf, Zinsen von den Kaufgeldern zu bezahlen, wenn er Früchte von der gekauften Sache gehoben hat. Aber von unserm Falle reden sie nicht, und können auch nicht auf denselben gezogen werden, besonders da die *L.* 5. *C. de act. emt. vend.* als ein Rescript, nur bloß auf den vorgelegten Fall ertheilet ist, und deswegen von einem Falle auf den andern nicht ausgedehnet werden kann.

Und so stehet uns auch das gegenseitige Argument nicht entgegen. Wir brauchen nur, um das zu zeigen, hier anzuführen, daß ein solcher Schluß überhaupt alsdenn nicht Statt finde, und aus selbigem nichts hergeleitet werden könne, sobald derselbe entweder der natürlichen Billigkeit, oder den Gesetzen zuwider ist.

Daß aber die gegenseitige Meinung mit aller Billigkeit streite, haben wir bereits gezeigt, und bedarf gewiß keines Beweises weiter, wenn wir nur erwegen, daß die Natur des Kaufkontrakts erfordre, daß jeder Käufer gleich bezahle; daß er nicht die gekaufte Sache und Kaufgelder zugleich besitzen, und im Gegentheil der Verkäufer beides entbehren solle.

§. 6. Die Gesetze aber widerstreiten der entgegengesetzten Meinung, und das ist der zweite Grund, warum wir jenes Argument nicht als richtig gelten lassen können. Welche Worte sind deutlicher als diese: *usuras emtor cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quamvis pecuniam obsignatam in depositi causam hubuerit, aequitatis ratione praestare cogitur.* c) Wendet man gleich dawider ein, daß dieses Gesetz aus andern erkläret werden müsse, so sehen wir dazu keinen hinlänglichen Grund für uns. Und warum sollten wir denn nicht bei einer gesetzlichen Verordnung bleiben, die nicht nur deutlich ist, sondern selbst mit der Billigkeit aufs genaueste übereinstimmt.

c) L. 2. C. de usur.

230. Meditation.

Dienstbarkeiten, die ein Monat oder ein Jahr um das andre gebraucht werden, gehen durch einen zwanzigjährigen Nichtgebrauch verlohren.

§. 1.

Der Regel nach gehen alle Dienstbarkeiten durch einen zehn- oder zwanzigjährigen Nichtgebrauch, verlohren, je nachdem einer gegenwärtig oder abwesend gewesen ist. d) Nur solche Dienstbarkeiten, die ein Monat oder ein Jahr um das andre gebraucht werden, erfordern, falls sie durch den Nichtgebrauch verlohren werden sollen, eine Zeit von zwanzig Jahren. Allein wird bei dieser Zeit denn auch, auf die Gegenwart oder Abwesenheit Rücksicht genommen, und wird nicht in dem letztern Falle die Zeit verdoppelt, so daß 40 Jahre verflossen seyn müssen, wenn einer durch den Nichtgebrauch eine solche Dienstbarkeit soll verlohren haben? Viele Rechtsgelehrte e) wollen das

d) L. 13. C. de ferv.
e) *Wesenbec* ad ff. Tit. quemad. ferv. amitt. n. 6. *Huber* Prael. iur. civ. part. 2. eod. tit.

das zwar behaupten, aber mit Recht widersprechen andere f) jener Meinung, und behaupten, daß ohne Unterschied zwanzig Jahre erfordert werden.

§. 2. Die in der *L. 7. ff. quemadm. serv. amitt.* enthaltne Verordnung lautet so: *si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum, vel uno mense: quaeritur, quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo cum uti non potest, non sit usus, itaque et si alternis annis, vel mensibus quis aquam habeat? duplicato constituto tempore amittitur.* Dieser hier gebrauchte generelle Ausdruck: *duplicato constituto tempore amittitur*, hat zu jener oben angeführten Meinung, nach welcher im Fall der Abwesenheit, durch einen 40jährigen Nichtgebrauch dergleichen Dienstbarkeiten verlohren gehen sollen, Anlaß gegeben.

§. 3.

tit. n. 6. *Böhmer* intr. in ius dig. eod. tit. §. 2. *Westphal* in interp. iur. civ. de libertate et serv. praed. §. 883. *Thulemeyer* de praescriptione servitutum praedialium §. 24.

f) *Hahn* ad Wesenb. Tit. quemad. serv. amitt. n. 6. *Caepolla* de servit. cap. 24. n. 4. *Struv* ex 13. §. 56. *Stryk* U. M. Tit. quemad. serv. amitt. §. 2. *Brunnemann* in Comment. ad C. Lib. 3. Tit. 34. L. 14. *Eichmann* ad Rave doctr. de praescr. §. 105. not. z.

§. 3. Allein daß jene Worte nicht so, wie man sie gegenseits annimmt, können verstanden werden, lehret die *L.* 14. *C. de serv.* Nachdem in diesem Gesetze die verschiednen Meinungen, über die Verjährungen solcher Dienstbarkeiten angeführet sind, wird hier zur beständigen Norm ein zwanzigjähriger Nichtgebrauch festgesetzt. Justinian erwähnt hiebei mit keinem Worte des Unterschiedes der Gegenwart und Abwesenheit; ein deutlicher Beweis, daß man also bei dieser Frage keine Rücksicht darauf nehmen dürfe. Es heißt in diesem Gesetze: *nobis placuit ita causam dirimere, ut quia iam per legem latam a nobis prospectum est, ne servitutes per biennium non utendo depereant, sed per decem vel viginti annorum curricula, et in proposita specie, si per quatuor quinquennia, nec uno die, vel ipse vel homines eius eadem servitute usi sunt, tunc eam penitus amitti viginti annorum desidia. Qui enim in tam longo prolixoque spatio suum ius minime consecutus est, seria poenitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat.*

231. Meditation.

Ein, unter den streitenden Partheien getroffner Vergleich ist einschränkend zu erklären, und darf nicht weiter, als worüber er eingegangen ist, ausgedehnt werden.

§. 1.

Titius hatte wider den Kajus zwei Forderungen eingeklagt, nämlich an, nach und nach, vorgeschoßnen Geldern 200 Rthlr., und aus einem, ihm von dem Sempronius ausgesetzten Vermächtnisse, dessen Erbe der Kajus war, 350 Rthlr. Die erste Forderung leugnete der Beklagte schlechterdings ab; und in Ansehung der zweiten gab er vor, daß wegen der zwischen dem Titius und dem Erblasser entstandnen Feindschaften, das Vermächtniß für wieder zurück genommen, müsse geachtet werden.

Aber auf diese Einrede konnte um desto weniger Rücksicht genommen werden, weil erstlich die vorgegebene Feindschaft nur aus ganz unerheblichen Ursachen entstanden, und zweitens

auch

auch der Titius und der Erblasser, nachher wieder freundschaftlich mit einander umgegangen waren.

§. 2. Ehe nun über diese Sache erkannt wurde, hatte der Kläger dem Beklagten, um die Richtigkeit der baar vorgeschoßnen Gelder zu beweisen, einen Eid zugeschoben. Diesen Eid nahm der Beklagte an. Wie darauf ein Termin zur Ausschwörung des Eides angesetzt war, suchte man von Gerichtswegen beide Theile mit einander zu vergleichen. Dieser Vergleich wurde endlich zu Stande gebracht, und folgendergestalt zu Protocoll genommen: ist auf geschehenes vieles Zureden, endlich der Vergleich unter beiden Theilen dahin getroffen worden, daß Kajus sich erkläret, dem Titius für die eingeklagte Forderung eins für alle 115 Rthlr. auszubezahlen, womit denn letzterer unter Nachlassung des dem Beklagten zugeschobnen Eides zufrieden, den Vergleich acceptiret, und liti ac causae renunciiret hat.

§. 3. Nach diesem Verlauf der Sache, hielt Kläger darum an, nunmehro auch wegen der eingeklagten Legaten-Gelder rechtlich zu erkennen. Es erfolgte hierauf folgender Bescheid: dem Suchen des Klägers, als welchem der geschloßne und von Obrig-

keits

keits wegen bestätigte Vergleich entgegenstehet, kann nicht deferiret werden. Wider diesen Bescheid interponirte der Kläger die Nullitäts-Beschwerde. Nachdem von beiden Theilen die gehörigen Schriften gewechselt, wurden die Akten nach einer Juristen-Facultät verschicket, und folgendes Urtheil ertheilet: daß Beklagter Einwendens ungehindert schuldig sey, dem Kläger die eingeklagte 350 Rthlr. Legaten-Gelder, nebst Zinsen des Verzugs, zu bezahlen.

§. 4. Der Hauptgrund, weswegen der Beklagte sich weigerte die 350 Rthlr. auszubezahlen, war, wie wir schon angeführt haben, dieser, weil Titius mit dem Erblasser in Feindschaft gelebt habe. Die Unerheblichkeit dieser Einrede haben wir schon (§. 1.) gezeigt. Es kam also hier nur noch darauf an: ob der getroffne Vergleich, auch auf die Legaten-Gelder ausgedehnt werden könne, und folglich diese unter der auf 115 Rthlr. verglichnen Summe mit begriffen seyn? Sieht man hier auf den Vergleich, und auf die hier einschlagenden Rechte, so wird man das wohl nicht behaupten können.

Die oben angeführten Worte des Vergleichs enthalten nicht die mindeste Spur, woraus man schliessen könnte, daß sich Titius wegen beider Fordrungen habe vergleichen wollen. Zudem

war

war der Termin nur bloß zur Ausschwörung, des dem Beklagten wegen der baar vorgeschoßnen Gelder zugeschobnen Eides angesetzt, und so war es auch nicht zu vermuthen, daß Titius, dessen beide Fordrungen 550 Rthlr. betrugen, solche auf 115 Rthlr. lassen wolte.

§. 5. Selbst die Rechte treten dieser Behauptung völlig bei.

So ist nämlich bekannt, daß ein jeder Vergleich einschränkend erkläret werden müsse, g) keinesweges aber auf andre Sachen dürfe ausgedehnt werden, wenn aus den Worten desselben hervorgeht, daß er nur wegen einer Sache eingegangen ist. h) Eben so gewiß ist es auch ferner, daß eine jede Handlung nach der Intention und Absicht der Partheien, müsse beurtheilet werden. i) Von beiden Seiten aber fehlte

g) *L.* 19. *§.* 1. *ff. de transact.* Transactio, quaecunque sit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur. *L.* 31. *C. de transact.* Si de certa re pacto transactionis interposito hoc comprehensum erat: *nihil amplius peti*: etsi non additum fuerat, *eo nomine*, de ceteris tamen quaestionibus integra permaneat actio. *Mevius* part. 6. dec. 149. n. 3. et part. 9. dec. 136. n. 1.

h) *Böhmer* Cons. et resp. Tom. 2. part. 1. dec. 84. n. 8.

i) *Carpzov* part. 2. const. 46. def. 12. n. 5.

fehlte hier offenbar die Intention, sich über beide Posten zu vergleichen: denn so wenig der Kläger, als der Beklagte hatten mit einem Worte der Legaten=Gelder gedacht. Wie konnten also diese unter jenem Vergleiche mit begriffen seyn, da ein Vergleich nur das in sich begreift, was darin wirklich ausgedrückt ist? i)

§. 6. Aus allem diesem lassen sich nun die, von dem Beklagten angeführten Gründe, aus welchen er behaupten wollte, daß unter dem getroffnen Vergleiche, die Legaten=Gelder mit begriffen wären, beantworten. Die Gründe waren aus folgenden Worten des Vergleichs hergenommen: daß Kajus sich erkläret, dem Titius für die eingeklagte Forderung 115 Rthlr. eins für alle auszuzahlen. Und darauf; Titius *liti ac causae* renunciiret hat.

§. 7. Allein jene beiden Klaufeln, lassen sich wohl nicht hieher ziehen.

Denn fürs erste heißt es ferner in dem Vergleiche: womit denn Titius unter Nach=

i) In transactionem tantum ea veniunt, quae sunt expressa. *Böhmer* cons. et resp. Tom. 2. part. 1. resp. 95. n. 17. *Fratr. Becmannorum* Cons. T. 2. dec. 94. Nr. 4.

Nachlassung des dem Beklagten zugeschobnen Eides friedlich.

Dieses zeigt schon deutlich, daß bloß über die Forderung, weswegen der Eid zugeschoben war, der Vergleich eingegangen sey. Fürs zweite ist in dem Vergleiche mit keinem Worte der Legaten-Gelder gedacht worden; wird nun eine Renunciation nie vermuthet; l) so kann man auch nicht behaupten, daß in jenen Worten, eine Renunciation in Absicht der Legaten-Gelder stecke. Fürs dritte können auch dergleichen Klauseln und Verzichte, wider die Absicht der Partheien nichts bewirken, m) indem in den Rechten deutlich versehen ist, daß eine ausdrückliche Entsagung seiner An- und Zusprüche, nicht weiter, als die Absicht der Entsagenden gewesen ist, zu dessen Nachtheil ausgedehnt werden darf. n) Daß aber hier beider Theile

l) Nec enim praesumitur renunciatio, aut intelligitur alia quam ex manifestis verbis apparet. Est enim facta stricti juris, strictissime accipienda, praesertim quoad ea beneficia quae ad defensionem spectant atque favorabilia sunt. *Mevius* part. 1. dec. 99. n. 1. *Böhmer* Cons. et resp. Tom. 2. part. 1. resp. 84. n. 9. *Fratr. Becmannor.* l. c. dec. 94. Nr. 4.

m) *Wernher* Tom. 2. part. 10. obs. 286.

n) L. 47. §. 1. ff. de pact. L. 24. C. de transact. *Fratr. Becmannor.* l. c. dec. 67. Nr. 15.

Theile Absicht nicht gewesen sey, sich auch dieser Forderung wegen zu vergleichen, das ist aus obigem klar.

---

232. Meditation.

Zu der Gültigkeit eines Vertrags über die Erbschaft eines dritten, wird nicht erfordert, daß der Dritte gleich vom Anfang seine Einwilligung dazu gebe.

§. 1.

Ueber die Erbschaft einer dritten Person, wenn dieselbe ungewiß ist, ist es erlaubt Erbverträge einzugehen. Ist aber der Dritte eine gewisse bestimmte Person, so muß, falls solche Verträge gültig seyn sollen, dieser, es sey nun ausdrücklich oder stillschweigend, o) darin

o) Die bloße Wissenschaft des dritten, verbunden mit einem Stilleschweigen, kann aber nicht für eine stilleschweigende Einwilligung gehalten werden, sondern es ist erforderlich, daß die Paciscenten demselben von dem eingegangenen Vertrage Nachricht geben, und er dann dazu stillegeschwiegen hat. *Stryk* de succeff. ab inteft. Diff. 8. cap. 2. §. 21.

darin willigen, und Lebenslang bei dieser Einwilligung beharren. v)

Ob nun zur Gültigkeit eines solchen Erbvertrags erfordert werde, daß der Dritte gleich zu Anfang seine Einwilligung gebe, oder ob es genug sey, wenn diese Einwilligung nachher ertheilet werde? Darüber sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Wir behaupten hier das letztere, und halten daher auch einen solchen Erbvertrag, worin der Dritte erst nachher gewilliget hat, für gültig. q)

§. 2. Die in der (Note p) angeführte *L. f. C. de pact.*, erfordert nur schlechtweg die Einwilligung des Dritten; sie stehet darauf nicht, wann oder zu welcher Zeit, ob sie vorher, bei

p) *L. fin. C. de pact.* — — sancimus, omnimodo hujus pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari: *nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit.* Tunc enim sublata acerbissima spe, licebit eis, illo scientee tjubente, huiusmodi pactiones servare.

q) *Klock* Cons. tom. 3. cons. 123. n. 130. *Carpzov* part. 2. const, 35. def. 19. n. 5. *Stryk* de succeff. ab intest. diff. 8. cap. 2. §. 20. *Wernher* part. 5. obs. 9. *Pufendorf* Tom. 3. obs. 12. §. 3.

bei dem Vertrage selbst, oder nachher ertheilet sey. Hieraus können wir also schon die Folge herleiten, daß es hier nur bloß darauf ankomme, ob der Dritte seine Einwilligung gegeben habe, nicht aber, wann er sie gegeben hat. Selbst die Analogie der Rechte unterstützt diese unsre Behauptung. Fast in allen Fällen, wo die Rechte zur Verbindlichkeit einer Handlung, die Einwilligung des einen, oder des andern Theils erfordern, halten sie die Ratihabition oder Genehmigung für hinreichend und eben so wirksam. r)

Wir haben also gewiß keinen hinlänglichen Grund, weswegen wir hier in diesem Falle eine Ausnahme machen sollten, besonders da die Gesetze die nachherige Genehmigung, s) einer gleich erfolgten Einwilligung gleich halten.

§. 3.

r) Von den Beispielen die wir hier anführen könnten, berufen wir uns nur auf den in der *L. ult. C. de Scto Maced.* enthaltnen Fall, wo die nachherige Einwilligung des Vaters, in das von seinem Sohn aufgenommene Darlehn, eben so gültig ist, als wenn sie gleich ertheilet wäre. Es heißt darin: *necesse est enim patris ratihabitionem, vel principali mandato patris, vel consensui non esse absimilem, cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt.*

s) L. 60. et 152. §. 2. ff. de reg. iur.

§. 3. Der Grund, welchen die der gegenseitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehrten t) aus der *L.* 29. *ff. de reg. iur.* hernehmen, bedeutet nichts. In diesem Gesetze heißt es: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* — Allein dieses Gesetz widerspricht uns gar nicht; denn wir behaupten ja nicht, daß ein Erbvertrag, wo die Einwilligung des Dritten fehlet, durch die Länge der Zeit gültig werde. Und weiter sagt doch das Gesetz nichts, als daß dasjenige, was im Anfang nicht gültig sey, durch die Folge der Zeit nicht gültig werden könne.

§. 4. Ob die römischen Gesetze bei der Lehre von den Erbverträgen, auch jetzt noch Anwendung finden? ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Verschiedene u) behaupten es zwar, jedoch die meisten x) verneinen es, und gewiß mit

t) *Muscatellus* de succeff. conc. membr. 1. concl. 3. n. 79. *Hahn* de iure rerum cap. 14. concl. 78. n. 11.

u) *Pistor* P. 4. qu. 2. *Cocceji* I. C. Tit. de pact. qu. 34.

x) *Berger* Oecon. iur. Lib. 2. Tit. 4. th. 18. *Schilter* Ex. 8. th. 40. 41. *Wernher* P. 1, obs. 160. *Leyser* sp. 43. med. 5. *Cramer* de verbis pacti succeff. §. 1. opusc. T. 2. p. 455. *Pufendorf* T. 3. obs. 23. §. 3. Pütters Rechtsfälle B. 2. S. 48. f. Runde

mit Grund. Denn wir betrachten, nicht wie die Römer die Erbfolge, als eine Staatssache, und sind auch nicht so argwöhnisch und bedenklich, wie sie, daß wir solche Verträge, als gefährlich für das Leben des Erblassers, ansehen. An ihrer Gültigkeit kann daher, wie auch die Erfahrung zeigt, kein Zweifel seyn. Allein ob dieses allgemein von allen Erbverträgen, auch von dem in dieser Med. erwähnten, wenn der Vertrag (pactum successorium dispositivum) über die Verlassenschaft eines dritten bestimten Menschen eingegangen wird, gelte? ist ferner streitig. Wir glauben, daß man nach obigem, dergleichen Erbverträgen eben so wenig ihre Gültigkeit absprechen könne. y)

Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 654. f. S. 549. f.

y) *Böhmer* Diss. de success. hered. coniug. ex pacto dotal. cap. 1. §. 12. Ex. ad pand. V. p. 688. *Hommel* Rhapsod. obs. 59. *Rivini* Diss. de pact. success. cap. 3. *Müller* ad Leyser obs. 580. Höpfner Comment. über die Heinec. Inst. §. 737. S. 651. Runde a. a. O.

Das Gegentheil behaupten *Stryk* de succes. ab intest. Diss. 8. cap. 2. §. 6. seq. *Lauterbach* coll. th. pr. Tit. de pact. §. 18. seq. *Berger* l. c. not. 1. *Leyser* sp. 375. med. 27. *Ludewig* Diss. de differ. iur. rom. et germ. in pactis de supestit. hered. cap. 4. *Pufendorf* T. 3. obs. 12.

233. Meditation.

Enkel können immer auf die groselterliche Erbschaft Anspruch machen, wenn gleich ihre Eltern derselben sollten entsagt haben.

§. 1.

Bey der Frage: können Enkel auf die groselterliche Erbschaft Anspruch machen, wenn ihre Eltern derselben entsagt haben? sind diese beiden Fälle von einander zu unterscheiden; es ist nämlich der Renunciant, entweder nach dem Tode seines Vaters oder Mutter, dessen Erbschaft er entsagt hat, oder vor deren Absterben gestorben. In dem ersten Falle wird von allen Rechtsgelehrten einstimmig behauptet, daß Enkel alsdenn keinen Anspruch auf die groselterliche Erbschaft machen können. Allein was den zweiten Fall betrift, so weichen darin die Rechtsgelehrten in ihren Entscheidungen von einander ab. Viele 3) behaupten, daß die Enkel

3) *Decii* Consil. conf. 181. *Socinus* conf. vol. 2. conf. 67. n. 59. *Muscatellus* de succeff. conc. d. 1. membr. 2. n. 247.

kel auch alsdenn von der groselterlichen Erbschaft ausgeschlossen wären; andre a) aber, daß sie ungeachtet jenes, von ihren Eltern gethanen, Verzichtes zugelassen werden müßten.

§. 2. Ehe wir die Gründe, die für beide Meinungen angeführet werden, anzeigen, wollen wir hier zuerst einen Fall voraussetzen, wodurch eine nähere Untersuchung jener streitigen Frage verursachet würde.

Eine angesehne Frauensperson, die wir hier Titia nennen wollen, erhielt bei ihrer Verheirathung 4000 Rthlr. zum Brautschatz, mußte aber dagegen der väterlichen Erbschaft eidlich entsagen. Einige Jahre nachher starb sie mit Hinterlassung eines Kindes, welchem, da der Vater des Kindes schon vorher gestorben war,

Bachov ad Treutler. vol. 1. disp. 6. et 8. lit. g. *Herold* de iure repraesent. cap. 5. concl. 17. n. 20. 21. *Stryk* de succeff. ab inteft. diff. 8. cap. 10. §. 76. seq.

a) *Wesenbec* Consil. conf. 11. n. 14. conf. 71. n. 16. *Tiraquel* de iure primogen. qu. 40. n. 113. *Fachinei* contr. iur. lib. 3. cap. 23. *Faber* in C. lib. 2. tit. 3. def. 1. *Carpzov* part. 2. const. 35. def. 11. 12. *Struv* ex. 38. §. 50. *Horn* conf. et resp. class. 16. n. 34. *Hommel* Rhapf. obs. 55. n. 1. *Kind* quaest. forens. T. 3. Nr. 6.

war, Vormünder gesetzt wurden. Kurz nach dem Tode der Titia, starb auch ihr Vater, mit Hinterlassung zweier Söhne, und da dieser ein ansehnliches Vermögen, daß sich gewiß auf 20,000 Rthlr. belief, hinterließ, machten die Vormünder Namens ihres Pupillens auf die groselterliche Erbschaft Anspruch. Weil aber ihnen dieser Anspruch von den beiden hinterlaßnen Söhnen streitig gemacht wurde, kam es endlich zu einem weitläuftigen Prozesse, der aber doch zum Besten der Vormünder entschieden wurde.

§. 3. Sehen wir hier zuerst auf die allgemeinen rechtlicheu Grundsätze, ohne uns an den geschehenen Verzicht der elterlichen Erbschaft zu kehren, so lehren diese schon die Richtigkeit jener Entscheidung. Denn da man nicht sagen kann, daß der Brautschatz an und für sich selbst als der Erbschafts-Theil der Tochter anzusehen ist; so kann man auch nicht behaupten, daß dadurch die Tochter von der elterlichen Erbschaft ausgeschlossen sey, besonders da selbst die Gesetze [b]) die Töchter mit zur Erbfolge lassen, und nur verordnen, daß sie den Brautschatz conferiren müsse.

§. 4. Wir können zwar nicht leugnen, daß hier jene Grundsätze, in Absicht der Tochter selbst aus der Ursache keine Anwendung leiden

b) L. 19. C. de collat.

den würden, weil sie einmal der elterlichen Erbschaft entsagt hat. Allein mit den Enkeln verhält es sich auch wieder ganz anders. Enkel beerben ihren Grosvater nicht aus der Person ihrer Eltern, sondern vermöge des, ihnen in den Gesetzen gegebnen, Erbrechts.

Diese sind also, ungeachtet des von ihren Eltern geschehenen Verzichts, zu der groselterlichen Erbschaft immer berechtiget, theils deswegen, weil sie jener Erbschaft nicht entsagt haben, theils weil ihnen durch die Gesetze einmal das Erbrecht gegeben ist.

§. 5. Aber sollte hier dann nicht der Verzicht der Eltern, den Enkeln entgegen stehen? Auch dies können wir sicher leugnen. Nicht einmal zu gedenken, daß ein jeder Verzicht einschränkend erkläret werden müsse, und sich nicht weiter als auf die Person dessen, der jenen Verzicht gethan hat, erstrecke; so scheinet selbst jener Verzicht nur den Fall zu betreffen, wenn nämlich die Erbschaft noch bei Lebzeiten der Tochter ihr würde zugefallen seyn. Da nun in unserm Falle die Tochter vor ihrem Vater gestorben war, so war ihr ja noch nicht die elterliche Erbschaft angefallen. Endlich ist es bekannt, daß in dem Falle, wenn der Vater sein Kind enterbet, das Kind aber vor dem Vater verstirbet, diese Enterbung dem Enkel nicht schade, sondern vielmehr für nicht geschehen

hen gehalten werde. c) Hieraus läßt sich allemal ein Grund für unsere Meinung um so eher hernehmen, da man von einer Enterbung, auf einen Verzicht schließen kann.

§. 6. Müssen denn aber nicht Kinder die Handlungen und Versprechen ihrer Eltern erfüllen, d) werden nicht der Erbe und der Verstorbene für eine Person gehalten, und wird daher nicht das, was der Verstorbene gethan hat, angesehen, als wenn es der Erbe selbst gethan hätte? e)

Allein dadurch, daß Enkel auf die grosväterliche Erbschaft Anspruch machen, handeln sie gar nicht wider das Versprechen ihrer Eltern. Denn es succediren Enkel, wie schon gesagt ist, nicht aus der Person ihrer Eltern; eben deswegen kann ihnen denn auch der Verzicht ihrer Eltern nicht im Wege stehen. Zudem haben ja die Eltern nur für ihre Person der Erbschaft entsagt, und diese Entsagung, da sie bloß auf die Person eingeschränkt ist, kann sich auch nicht weiter als auf sie erstrecken.

§. 7. Eben so wenig beweiset auch hier die Regel; daß der Verstorbene und der Erbe

für

c) L. 6. ff. de iniust. rupt. irrit. fact. testam. L. 10. §. 1. ff. de bon. libert.
d) L. 31. ff. de liber. caus. L. 149. ff. de reg. iur. L. 146. de rei vind.
e) L. 59. et 120. ff. de reg. iur.

für eine Person gehalten würden, etwas. Denn fürs erste ist dies nur bloß eine Fiction; fürs andre gehet jene Regel nur auf dasjenige, was der Erbe, als Erbe von dem Verstorbenen erhalten hat. In unserm Falle aber, erhalten Enkel die grosväterliche Erbschaft nicht als Erben ihrer Eltern, sondern aus eignem Rechte.

Wir haben uns mit Fleiß deswegen so kurz gefaßt, weil ein jeder durch sein eignes Nachdenken schon finden wird, daß nach der Natur der Sache sowohl, als nach den hier einschlagenden Rechten, unsre Meinung weit angemessener als die gegenseitige sey.

---

234. Meditation.

Frauenspersonen können ein gekauftes Lehn (*feudum emtum*) nicht beerben.

§. 1.

Unter einem gekauften Lehn verstehen wir hier ein solches Lehn, das jemand durch einen Kauf an sich gebracht hat.

Ob nun Frauensperſonen ein ſolches Lehn beerben können, darüber giebt es vier ganz von einander verſchiedne Meinungen. Einige behaupten, f) andre verneinen es, g) noch andre h) nehmen darauf Rückſicht, ob das Lehn von dem Lehnsherrn oder von einem Vaſallen, an einen andern verkauft iſt, im erſtern Falle laſſen ſie die Frauensperſonen zu, nicht aber in dem letztern; wieder andre i) behaupten, daß eine Frauensperſon alsdenn ſuccediren könne, wenn der völlige Kaufſchilling bezahlet, und kein perſönlicher Dienſt geleiſtet würde.

§. 2. Ohne uns hier um die Gründe, worauf ſich dieſe verſchiednen Meinungen ſtüzzen, zu bekümmern, wollen wir hier bloß die Gründe anzeigen, aus welchen wir behaupten, daß eine Frauensperſon ein gekauftes Lehn nicht

f) *Clarus* ſent. recept. lib. 4. §. feudum qu. 73. n. 6. *Menoch* Conſ. conſ. 498. n. 17. *Gail* lib. 2. obſ. 159. n. 5. *Cocceji* conſ. et reſp. Tom. 1. conſ. 7. diſquiſ. 1. n. 93.

g) *Piſtor* lib. 2. qu. 34. n. 8. qu. 38. n. 47. *Mynſinger* cent. 5. obſ. 73. *Schrader* de feud. part. 7. cap. 4. n. 5. *Vultejus* de feud. lib. 1. cap. 9. n. 44. *Carpzov* part. 3. conſt. 28. def. 9. *Horn* iurispr. feud. cap. 14. §. 8.

h) *Alicatius* in Reſp. reſp. 170. n. 3.

i) *Socinus* in conſ. lib. 1. conſ. 65. n. 16.

nicht beerben könne, und demnächst die uns grade entgegenstehende Meinung widerlegen.

Es ist eine allgemeine und bekannte Regel, daß Frauenspersonen der Erbfolge in ein Lehn unfähig sind. [k]) Diese Regel muß auch so lange gelten, bis die Gesetze eine Ausnahme davon machen. Daß aber in unserm Falle eine Ausnahme davon gemacht sey, das kann man nicht beweisen.

§. 3. Daß nun ein gekauftes Lehn durch Geld erlangt sey, mithin zu dem uneigentlichen Lehn gehöre, das verändert die Sache gar nicht. Denn fürs erste ist es selbst noch streitig, ob ein gekauftes Lehn ein eigentliches oder uneigentliches sey; und wenn wir auch letztres zugeben wollen, so ist doch fürs zweite bekannt, daß, wenn gleich ein gekauftes Lehn in einem Stücke ein uneigentliches Lehn sey, es doch in den andern Stücken, ein eigentliches Lehn bleibe, und also nach den dabei eintretenden Regeln beurtheilet werden müsse.

Eben so wenig beweiset der Grund, daß ein gekauftes Lehn, wie ein Allodium anzusehen sey, und deswegen in Absicht der Succession, nicht nach den Lehen, sondern nach den gemeinen Rechten müsse beurtheilet werden, etwas

k) 1. Feud. 8. §. 2.

was. Denn hier setzt man etwas als bewiesen zum voraus, was erst bewiesen werden muß. Erst muß man beweisen, daß ein gekauftes Lehn einem Allodium gleich sey, und wenn dies erwiesen ist, so ist auch alsdenn erst die daraus gezogne Folge richtig.

---

235. Meditation.

Unehliche Kinder, wenn sie durch die nachfolgende Ehe ehelich geworden sind, succediren wie ehcliche Kinder, wenn gleich ihr Vater, ehe er ihre Mutter geheirathet, sich mit einer andern verheirathet gehabt hat.

§. 1.

Titius hatte mit der Caja außerhalb der Ehe ein Kind erzeugt, heirathete darauf eine andre Frauensperson, und wie diese starb, verehlichte er sich mit der Caja. In dieser Ehe erzeugte er mit derselben noch drey Kinder. Es starb aber auch bald diese seine Frau, und wie nach einiger Zeit Titius gleichfalls verstarb, wollten dessen drei in der Ehe erzeugte Kinder, das vorher außer der Ehe erzeugte Kind,

nicht

nicht mit zur Succession lassen; weshalb denn die Frage entstand: ob aus dem Grunde, weil nicht gleich die Ehe mit der Caja vollzogen war, dem Kinde die Successions-Rechte abgesagt werden könnten?

§. 2. Die Wirkung der Legitimation, welche durch die nachfolgende Ehe geschieht, besteht überhaupt darin, daß dergleichen legitimirte Kinder, so wie die in einer rechtmäßigen Ehe erzeugten ihren Eltern succediren. l) Diese Wirkung legten die Gesetze, ohne den Unterschied zu machen, ob die Ehe gleich erfolgt, oder erst eine andre Ehe dazwischen gekommen ist, einer solchen Legitimation bei. Aus diesem Grunde können wir also auch nicht hier einen Unterschied, der ohnedem nirgends gegründet ist, machen.

Zudem lehret die Nov. 74. Kap. 2. §. 1. nicht undeutlich, daß darin von dem Falle mit geredet werde, da die Ehe mit der Konkubine nicht gleich erfolgt ist, wie aus diesen Worten erhellet: *omnino enim suis existentibus, deinde naturalibus procreatis, aut primitus natis, nequaquam legitimorum ius eis adiicitur: nisi forsitan per con-*

l) L. 5. et 10. C. de natur. liber. Nov. 12. cap. ult. et Nov. 74. in praef.

conſtitutiones noſtras, quae dotalium inſtrumentorum introduxerunt modum.

§. 3. Diejenigen Gründe, die für die gegenſeitige Meinung ſtreiten, der aber wenige Rechtsgelehrte [m]) zugethan ſind, beſtehen darin. Man ſagt: die Wirkung der Legitimation käme nicht ſolchen Perſonen zu ſtatten, die dieſelbe verachteten, [n]) und ſo wäre auch unter dem Worte *nuptiae* die erſte, nicht die zweite Ehe zu verſtehen. [o])

Allein ſo kann man wohl nicht ſagen, daß der Vater dadurch, daß er vorher eine andre Perſon geheirathet hat, ſich der mit der Legitimation verbundnen Wirkung unwürdig gemacht habe. Denn theils betrift im gegenwärtigen Falle, wo es auf die Succeſſion des legitimirten Kindes ankommt, die Legitimation die Rechte des Kindes; andern Theils hat ja nachher der Vater die Perſon, mit der er ein unehliches Kind erzeugt hat, geheirathet.

Und ſo kann man auch nicht behaupten, daß unter dem Worte *nuptiae* bloß die erſte Ehe verſtanden werde. Denn wäre das, ſo würde auch folgen, daß Kinder, die nach der erſten

m) *Hoenius* diſp. ad Inſt. 2. §. 16.
n) L. 10. C. de natur. lib. Nov. 89. cap. 8.
o) L. 68. ff. de iur. dot. L. 77. §. 9. ff. de leg. 2.

ersten Ehe, außer der Ehe erzeugt werden, durch die Heirath mit der Person, mit welcher die Kinder erzeugt worden sind, nicht könnten legitimiret werden.

Mit Recht wurde daher, nach der Meinung der bewährtesten Rechtsgelehrten, v) obiger Fall zum Vortheil des außer der Ehe erzeugten Kindes entschieden.

§. 4. In unserm Falle waren aus der ersten Ehe keine Kinder vorhanden. Gesetzt aber es wären Kinder aus derselben da gewesen, und der Vater hätte solche Güter besessen, in welchen das Erstgeburtsrecht hergebracht wäre; hätte alsdenn den vorher außer der Ehe gebohrnen, und nachher durch die Ehe legitimirten Kindern, vor den in der Ehe vor der Legitimation erzeugten Kindern, das Erbrecht in diesen Gütern zugestanden? Leyser in spec. 19. med. 3. führt unter diesem Fall aus dem Tiraquellus de iure primogeni-

v) *Stryk* U. M. Tit. de his qui sui vel alien. iur. §. 11. et in tract. de succeff. ab inteft. diff. 1. cap. 2, §. 62. *Cocceji* J. C. Tit. de his qui sui vel alien. iur. qu. 12. *Böhmer* posit. de succeff. ab inteft. cap. 2. membr. 1. §. 34. *Hannesen* de computat. grad. part. 3. sect. 2. §. 93.

nitorum qu. 34. folgende verschiedene Meinungen an. Einige behaupteten, daß überhaupt die Legitimation des vorher gebohrnen Sohnes, wegen der nachher mit einer andern Person vollzogenen Ehe, nicht Statt finde. Andere, daß dem, nachher durch die Ehe legitimirten, Söhne das Erstgeburtsrecht nicht zustehe, und die auch nach der Legitimation gebohrnen Söhne, ihm vorgezogen werden müßten. Wieder andere behaupteten das Gegentheil von dieser letztern Meinung, und zwar aus dem Grunde, weil nach der durch die römischen Gesetze angenommenen Fiction, die durch die Ehe geschehne Legitimation, zurück wirke, d. i. weil man annehme, daß zur Zeit der Conception und Geburt der Kinder, schon eine rechtmäßige Ehe unter den Eltern Statt gefunden habe. Noch andere aber hielten dafür, daß den, vor der Legitimation gebohrnen Kindern, das Erstgeburtsrecht zustehe. Dieser Meinung ist auch Leyser, und zwar hauptsächlich, weil keinem, das einmal wohl erworbene Recht durch die nachher erfolgte Handlung des Vaters genommen werden könne; und da das Erstgeburtsrecht entweder in den Gesetzen, oder in der Observanz, oder in den Verordnungen der Vorfahren sich gründe, so hänge solches nicht von der Willkühr des Vaters ab, sondern jeder erwerbe dieses, sobald er gebohren werde. Auch habe die vorhin angeführte Fiction nicht die Wirkung

kung, daß dadurch die Wahrheit und das Recht eines Dritten aufgehoben werden könne. q)

---

236. Meditation.

Wenn ein Jude den christlichen Glauben annimmt, so kann er sich deswegen von seiner jüdischen Frau nicht scheiden lassen.

§. 1.

Die Frage: ob ein Jude sich von seiner jüdischen Frau scheiden lassen könne, wenn er den christlichen Glauben angenommen hat? wird sowohl in der heiligen Schrift, r) als dem

q) Das Gegentheil behaupten *Struv* Ex. 3. th. 50. *Cocceji* J. C. Lib. 1. Tit. 6. qu. 14. *Gudelinus* de iure noviſſimo Lib. 1. cap. 15. *Walch* Introd. in controv. iur. Sect. 2. membr. 2. §. 1.

r) 1. Corinth. 7. v. 12. 13. Denn andern aber sage ich, nicht der Herr: so ein Bruder ein ungläubiges Weib hat, und dieselbe läßt es ihr gefallen, bei ihm zu wohnen, der scheide sich nicht von ihr. Und so ein

Weib

dem geistlichen Rechte s) verneinend beantwortet. Dieser Entscheidung treten auch alle protestantische, ja selbst die mehrsten katholische Rechtsgelehrten t) bei. Nach diesen Grundsätzen

Weib einen ungläubigen Mann hat, und er läßt es ihm gefallen bei ihr zu wohnen, der scheide sich nicht von ihm.

s) *Cap.* 7. X. *de divort.* Si enim alter infidelium coniugum ad fidem catholicam convertatur, altero vel nullo modo, vel non sine blasphemia divini nominis, vel ut eam pertrahat ad mortale peccatum, ei cohabitare volente: qui relinquitur, ad secunda, si voluerit, vota transibit, et in hoc casu intelligimus, quod ait Apostolus: *si infidelis discedit, discedat: frater enim vel soror non est servituti subiectus in huiusmodi.*

t) *Ziegler* Jus can. lib. 2. Tit. 12. §. 6. et lib. 2. Tit. 16. §. 6, *Brunnemann* J. Eccl. lib. 2. cap. 17. §. 8. not. *Espen* J. E. part. 2. tit. 15. cap. 1. *Bruckner* decis. iur. matr. part. 2. cap. 18. n. 2. seq. *Stryk* U. M. Tit. de divort. §. 4. *Bohmer* J. E. P. Tom. 3. lib. 3. tit. 33. §. 65. Strube rechtl. Bedenk. Th. 4. Bed. 141. *Richter* ius matrimonii iudaeorum in Germania, tum inter se, tum si alter coniux ad sacra Christianorum transiit. Roßmann: ob ein getaufter Jude, seiner annoch jüdischen Frau einen Scheidebrief auf ihr Verlangen zu geben, gezwungen werden könne? In den Erlanger gelehrten An-

sätzen wurde auch ein deshalb zwischen einem Juden, der ein Christ geworden, und seiner Frau, die sich zwar weigerte den christlichen Glauben anzunehmen, aber dennoch in die Ehescheidung nicht willigen wollte, entstandner Rechtsstreit entschieden.

§. 2. Wir wollen hier nur kürzlich die Gründe, deren sich der Kläger, zur Bewirkung der Ehescheidung bediente, anführen, und dabei deren Unerheblichkeit zeigen.

Er stützte sich auf den Ausspruch des *concilii Toletani IV. cap.* 63. welcher durch das geistliche Recht *c.* 10. *C.* 28. *qu.* 1. bestätiget ist, wenn es heißt: *Judaei qui christianas mulieris in coniugio habent, admoneantur ab episcopo civitatis ipsius, ut si permanere cum eis cupiunt, Christiani efficiantur. Quod si admoniti noluerint, separentur: quia non potest infidelis permanere in eius coniunctione, quae iam in christianam translata est fidem.*

§. 3. Ferner bezog er sich auf die Verordnung des geistlichen und weltlichen Rechts, u) nach

zeigen vom J. 1749 Nr. 1. und in Schotts jurist. Wochenbl. 1772. Nr. 26. Schröter in den vermischt. jurist. Abhandl. zur Erläuterung des Privat- und Peinl. Rechts. Th. 1. S. 122. f.

u) *c.* 15. *C.* 28. *qu.* 1. Cave Christiane, gentili aut Judaeo filiam tuam tradere. Cave, in-

nach welchen die Ehe mit einer ungläubigen Person verboten, ja sogar, wenn sie geschlossen, mit der Excommunication, x) und wie ein Ehebruch y) bestraft würde. Endlich führte er noch einige Stellen des alten Testaments z) an, worin

inquam, gentilem aut Judaeam, atque alienigenam, hoc est haereticam, et omnem alienam fide tua uxorem accersas tibi. *Conf. c. seq.*

L. 6. *C. de Jud.* Ne quis christianam mulierem in matrimonium Judaeus accipiat, neque Judaeae Christianus coniugium sortiatur, nam si quis aliquid huiusmodi admiserit: adulterii vicem commissi huiusmodi crimen obtinebit, libertatem in accusandum publicis quoque vocibus relaxata.

x) *c.* 17. *C.* 28. *qu.* 1. Si quis iudaicae pravitati coniugali societate iungitur, sive Christiana Judaeo, sive Judaea Christiano mulier carnali consortio misceatur, quicunque eorum tantum nefas admisisse cognoscitur, a christiano coetu atque convivio, et a communione ecclesiae protinus segregetur.

y) *vid. L.* 6. *C. de Jud. in not. antec. alleg.*

z) 2. B. Moses Kap. 34. v. 16. Und nehmest deinen Söhnen ihre Töchter zu Weibern, und dieselbe dann huren ihren Göttern nach, und machen deine Söhne auch ihren Göttern nachhuren.

worin die Ehe eines Israeliten mit fremden Völkern untersagt, und wenn sie vollzogen, wieder getrennt worden sey. a)

§. 4. Allein alle diese Gründe, ob gleich aus solchen, verschiedne Rechtsgelehrte b) die Ehescheidung einer solchen Ehe haben behaupten wollen, können hier nichts bewürken. Freilich redet die in §. 2. angeführte Stelle deutlich genug; aber wir können diese Verordnung, wegen des offenbaren Widerspruchs, worin sie mit der heiligen Schrift und selbst dem geistlichen Rechte steht, nicht befolgen.

Eben so wenig kann man auch aus dem Verbothe, sich nicht mit einer ungläubigen Person zu verheirathen, auf die Trennung der Ehe schlies-

5. B. Moses Kap. 7. v. 3. Und sollt dich mit ihnen nicht befreunden, eure Töchter sollt du nicht geben ihren Söhnen, und ihre Töchter sollt du nicht nehmen euren Söhnen.

a) Esra Kap. 10. v. 3. So laßt uns nun einen Bund machen mit unserm Gott, daß wir alle Weiber, und die von ihnen gebohren sind, hinausthun nach dem Rath des Herrn, und derer, die die Gebote unsers Gottes fürchten, daß man thue nach dem Gesetz.

b) *Hostiensis* de conversione infidelium lib. 3. p. 265. *Bellarminus* de matrimonio cap. 12. §. 2. cap. 14. §. 5.

schließen. Denn so ist fürs erste bekannt, daß in den Rechten oft Handlungen verbothen sind, die aber dennoch, wenn sie einmal vollzogen worden sind, nicht für ungültig erkläret werden; c) fürs zweite giebt es mehrere Ursachen, die die Schließung einer Ehe hindern, aber, wenn sie einmal eingegangen ist, nicht trennen.

§. 5. Was endlich das, in dem alten Testament enthaltne, Verboth anbetrift, daß nämlich Christen sich nicht mit fremden Völkern verehlichen sollten; so betrift das nur die damaligen Juden, und verbindet uns nicht. Zudem war ihnen auch nur die Ehe mit gewissen Völkern, als den Cananitern, Amonitern und Moabitern untersagt. Wäre jenes Verboth ganz allgemein gewesen, so hätte auch ein Jude eine, in die Gefangenschaft gerathne, Frau nicht heirathen können. d) Und so fällt auch heut zu Tage der Grund jenes Verboths völlig weg. Gott wollte nämlich, daß die Juden als ein, von andern Völkern ab-

c) *Cap.* 25. X. *de iure iur.* Interdum contractum non dirimit, quod impedit contrahendum. L. 1. §. 1. ff. de feriis. L. 85. §. 1. ff. de reg. iur.

d) 5 B. Moses Kap. 21. v. 11. Und siehest unter den Gefangenen ein schön Weib, und hast Lust zu ihr, daß du sie zum Weibe nehmest.

abgesondertes Volk leben sollten. Dieser Grund, als die Bewegungs-Ursache, warum kein Jude aus andern Völkern eine Frau nehmen durfte, findet heut zu Tage keine Anwendung mehr.

§. 6. Aus diesem allem folgt nun, daß das Gesetz von der Unzertrennlichkeit der Ehe, hier allerdings Statt finde, und daß daher es keine hinlängliche Ursache zur Ehescheidung sey, wenn ein Jude den christlichen Glauben angenommen hat. Nur bloß in dem Falle, wenn der jüdische Ehegatte ihn verläßt, oder ihm beizuwohnen sich weigert, ist die Ehescheidung zulässig. Die aus einer solchen Ehe erzeugten Kinder, müssen den christlichen Glauben annehmen. e)

e) c. 10. C. 28. qu. 1. *Böhmer* J. E. R. l. c. §. 67.

237. Meditation.

Wenn ein Lehnsstück wegen Schulden mit Lehnsherrlicher Einwilligung verpfändet ist, so ist der Lehnsherr, wenn ihm das Lehn zufällt, zur Bezahlung der Schuld verbunden, und die Hypothek erlöscht nicht.

§. 1.

Soll ein Lehn auf eine gültige Weise verpfändet werden, so wird nicht nur die Einwilligung der Agnaten, sondern auch des Lehnsherrn erfordert. Wie aber, ist auch der Lehnsherr schuldig, wenn er einmal in die Verpfändung eines Lehnstücks, wegen der, von dem Vasallen aufgenommenen, Schuld gewilliget hat, diese Schuld zu bezahlen, wenn ihm das Lehn wieder zufällt?

Ueber diese Frage, wurde zwischen einem Gläubiger und Lehnsherrn gestritten; allein der Lehnsherr, da er nicht läugnen konnte, in die Verpfändung des Lehns gewilliget zu haben, zur Bezahlung der Schuld angewiesen.

§. 2.

§. 2. Diese Meinung, die von den mehrsten Rechtsgelehrten f) behauptet wird, stimmet sowohl mit der Absicht der Kontrahenten, als auch mit den Grundsätzen des gemeinen und des Lehn-Rechts völlig überein. Die Absicht des Gläubigers war unstreitig diese, in Absicht der vorgeschoßnen Gelder röllige Sicherheit zu haben. Zu dem Ende ließ er sich also eine Hypothek geben. Wie wenig aber würde dieser Zweck erreichet werden, wenn mit dem Tode des Vasallen diese Hypothek erlöschen sollte; und ist es wohl wahrscheinlich, daß der Gläubiger auf eine solche Art sein Geld würde hergegeben, oder eine solche unzulängliche Sicherheit würde angenommen haben? Aber auch selbst die Absicht des Lehnsherrn ist gewiß keine andre gewesen, als dem Gläubiger, dadurch daß er in die Hypothek gewilliget hat, alle mögliche Sicherheit zu verschaffen, und zwar eine solche Sicherheit, die so lange dauerte, bis das Geld wieder bezahlet worden. Gesetzt aber auch, dies

f) *Pistor* lib. 2. qu. 48. n. 14. *Rosenthal* de feudis cap. 9. membr. 1. qu. 18. n. 1. *Carpzov* part. 2. const. 46. def. 11. *Antonii* ius feud. disp. 9. §. 5. not. h. *Struv* Syntag. iur. feud. cap. 14. §. 2. n. 5. Strube rechtl. Bed. Th. 2. Bed. 96. §. 2. *Hellfeld* elem. iur. feud. cap. 11. §. 388. G. L. *Böhmer* princ. iur. feud. lib. 1. Sect. 2. cap. 5. §. 270. et lib. 1. Sect. 2. cap. 10. §. 319.

dies wäre seine Absicht nicht gewesen, so muß doch immer gegen ihn die Auslegung gemacht werden, da er generell und ohne Einschränkung seine Einwilligung gegeben hat.

§. 3. Aber auch selbst die allgemeinen Grundsätze des gemeinen Rechts, unterstützen unsere Meinung.

Was für ein Recht erlangt denn der Gläubiger, auf die ihm gegebne Hypothek? Keinem wird das unbekannt seyn, daß eine jede Hypothek ein dingliches Recht sey, das auf der Sache selbst haftet, und so lange dauret, bis die Schuld völlig bezahlet ist. g) Geht nun ferner eine Sache mit der darauf haftenden Hypothek, auf einen jeden Besitzer, und kann der Pfandgläubiger sich immer an der Sache halten, es mag sie besitzen wer da wolle: h) so kann das hier keinen Unterschied machen, auch keine andre Entscheidung bewürken, wenn das Lehn, und mit demselben das verpfändete Lehns-Stück, dem Lehnsherrn wieder zugefallen ist.

§. 4. Eben so muß auch die Einwilligung des Lehnsherrn allerdings auch auf den Fall mit gezogen werden, wenn ihm gleich das Lehn wieder

g) L. 5. L. 13. ff. quib. mod. pign. vel hy-
folv.
h) L. 16. §. 3. ff. de pign. et hypoth.

wieder zufallen sollte. Denn ein jeder, der zu einem Kontrakte seine Einwilligung giebt, begiebt sich dadurch des Rechts, was er aus dem Kontrakte gehabt hat; i) der Pfandgläubiger kann sich daher allezeit mit der exceptio doli gegen den Lehnsherrn schützen. Ferner, wer einmal seine Einwilligung zu einer Sache gegeben hat, der ist deswegen immer gebunden, und darf dieser seiner Einwilligung nicht entgegen handeln. k) Dies würde aber hier der Fall seyn.

§. 5. Doch selbst in dem Lehnrechte, wird unser Fall nicht anders entschieden. Denn so heißt es 1. *feud.* 13., daß alles das, was der Vasall mit Einwilligung des Lehnsherrn unternommen hat, gültig seyn solle, und zwar nicht

i) *L.* 4. *§.* 12. *ff. de doli mal. et met. except.* Quaesitum est, si cum fundi usum fructum haberem, eum fundum volente me vendideris, an vindicanti mihi usum fructum exceptio sit obiicienda? et hoc iure utimur, ut exceptio doli noceat *conf.* L. 38. §. 1. ff. de donat, inter vir. et uxor. L. 2. C. de remiss. pign.

k) *Cap.* 21. *de reg. iur. in* 6. Quod semel placuit, amplius displicere non potest. *Conf.* L. 11. ff. de serv. praed. rust. L. 8. ff. de aqua et aqu. pluv. arc. act. L. 14. §. 4. ff. de div. temp. praescr. L. 1. §. 14. quod legat.

nicht bloß so lange, als der Vasall das Lehn besitze, sondern wenn es auch dem Lehnsherrn wieder zufalle. *Etsi clientulus fecerit libellum, aut aliud de medietate feudi sine domini voluntate, eo mortuo sine herede legitimo masculo, (quod verbum ita intelligendum in feudo, id est, sine filio masculo) revertitur feudum ad dominum. Si vero cum domini voluntate totum vel medium alienaverit, stabilis permaneat alienatio.* Es ist zwar wahr, daß dieses Kapitel bloß von dem Verkaufe rede; allein wenn durch den Verkauf dem Lehnsherrn ein weit größerer Nachtheil, als durch die Verpfändung erwächst: so können wir von jenem als dem größern, auf diese als den kleinern mit Recht schließen.

§. 6. Diesem allen stehen nun nicht die Gründe entgegen, deren sich die von unsrer Meinung abweichenden Rechtsgelehrten [l]) zu bedienen pflegen. Man sagt, jedes Versprechen, jede Verbindlichkeit ist auf den Fall nur zu verstehen, wenn die Sache in eben dem Stande bleibet. [m]) Daher kann auch die, zur Verpfändung des Lehns gegebene, Einwilligung dem Lehnsherrn nur so lange präjudiciren

l) *Zasius* epit. feud. part. 6. n. 27. part. 9. n. 8. et 39.

m) L. 54. §. 1. ff. loc. L. 137. §. 6. ff. de verb. oblig. L. 38. pr. ff. de solut.

eiren, als der Vasall lebt, oder dessen Nachkommen das Lehn erhalten, nicht aber, wenn das Lehn an den Lehnsherrn zurückfällt.

Daß aber die, aus den in der (Not. m.) angeführten Gesetzen genommene Regel: *quaelibet promissio et obligatio intelligitur rebus sic stantibus:* nicht so allgemein und ohne Einschränkung richtig sey, das ist selbst aus dem, im §. 5. angeführten Texte des Lehnrechts klar. Dort hatte der Lehnsherr bey Lebzeiten des Vasallen, seine Einwilligung zum Verkauf gegeben, und dennoch war der Lehnsherr, auch nach dem Tode des Vasallen, und als ihm das Lehn wieder zugefallen war, an den Kauf gebunden.

§. 7. Wenn aber eine Einwilligung niemals dem Rechte desjenigen, der seine Einwilligung ertheilt, schadet; n) wenn selbst die Bestätigung einer Handlung oder eines Kontrakts, keinem ein größers Recht giebt: o) so scheinet auch im gegenwärtigen Falle die Einwilligung dem Lehnsherrn nicht nachtheilig zu seyn, vielweniger ihn zur Bezahlung der Schuld zu verbinden.

Aber

n) L. 39. ff. de pign. act. L. 26. C. de adm. et peric. tutor.

o) L. 6. ff. de iurisd. cap. 5. ext. de conceff. praebend.

Aber jene Einwilligung des Lehnsherrn geht hier auf die Verpfändung des Lehns. Die Eigenschaft einer Verpfändung oder Hypothek, bringt es aber schon von selbst mit sich, daß solche auf jeden Besitzer übergehe, und so lange daure, bis die Schuld bezahlet worden ist.

Diesen allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, hat sich also der Lehnsherr durch die Ertheilung seiner Einwilligung unterworfen.

Und so entstehet hier auch aus der Bestätigung des Kontrakts nichts neues. Denn daß der Lehnsherr zur Bezahlung verbunden sey, das fließt, wie wir schon gezeigt haben, aus der Natur und Eigenschaft der, mit seinem Willen constituirten, Hypothek.

§. 8. Allein ist nicht jede Begebung eines Rechts einschränkend zu erklären; ist es nicht den Gesetzen gemäß, daß eine Renunciation nicht über die Worte erstreckt werden darf, y) und ist nicht darin selbst ein Unterschied, in eine Handlung willigen und daraus verbunden werden. ?

Dies alles können wir unsrer Meinung ungeschadet zugeben. Denn fürs erste hat die Re-

y) L. 91. ff. de reg. iur. L. 21. ff. de serv. praed. urb. L. 20. de serv. praed. rust.

Regel: daß jede Begebung eines Rechts, einschränkend zu erklären sey, nur in zweifelhaften Fällen Statt; hier aber ist ein solcher zweifelhafter Fall gar nicht anzutreffen, weil dadurch, daß der Lehnsherr in die Hypothek williget, er sich von selbst seines Rechts begiebt. Fürs andre kann man nicht einmal sagen, daß der Lehnsherr um deswegen verbunden sey, weil er sich seines Rechts begeben habe, sondern er ist deswegen verbunden, weil einmal die Lehnshypothek, nach Vorschrift der Gesetze auf eine gültige Art constituiret ist.

---

238. Meditation.

Wenn auch gleich der Lehnsherr unter der Klausel: vorbehältlich seines Lehnrechts, in die Verpfändung gewilliget hat, so ist er dennoch zur Bezahlung verbunden, und die Hypothek erlöscht nicht, wenn ihm das Lehn zufällt.

§. 1.

Wir haben in der vorhergehenden Meditation gezeigt, daß ein Lehnsherr, wenn

er

er in die Verpfändung eines Lehnstücks gewilliget habe, zur Bezahlung der Schuld verbunden sey, wenn ihm das Lehn zufällt, und daß keinesweges die Hypothek erlösche. Eben dies behaupten wir auch, q) wenn gleich der Lehnsherr, unter der Klausel: vorbehältlich seines Lehnrechts, in die Verpfändung gewilliget haben sollte.

§. 2. Sehen wir nur bloß auf die Absicht der Kontrahenten, so muß uns diese schon so viel lehren, daß jene Klausel nicht die Wirkung nach sich ziehen könne, daß, im Fall das Lehn dem Lehnsherrn wieder zufällt, die Hypothek aufhöre. Denn aus was für Ursach, wird zur Verpfändung eines Lehnstücks die lehnsherrliche Einwilligung erfordert? Gewiß aus keiner andern, als daß der Gläubiger gesichert sey, und die Schuld auf alle Fälle bezahlet werde. Williget daher der Lehnsherr in die Verpfändung, so unterwirft er sich auch den daraus entspringenden Folgen, und bigiebt sich seines Rechts, was er sonst würde gehabt haben, wenn seine Einwilligung gefehlet hätte.

§. 3. Aber wozu nützet denn jene Klausel, soll dieselbe denn ohne alle Wirkung seyn? Dies

q) *Pistor.* lib. 2. qu. 48. n. 1, *Carpzov* part. 2. const. 46. def. 11. *Stryk* caut. contr. Sect. 2. cap. 4. §. 7. *Lynker* resp. vol. 2. resp. 10. n. 11.

Dies ist es, was man uns von der Gegenseite r) einwirft. — Dieser Einwurf läßt sich aber bald heben; denn wenn der Lehnsherr mit Vorbehalt seines Lehnrechts in die Verpfändung williget; so erhält er sich dadurch alle die Rechte, die er als Lehnsherr hat, außer denjenigen, die mit seinem Willen auf einen andern transferiret werden. Dieser Wille ist aber hier klar und deutlich genug, und kann also auch eine solche Protestation oder Reservation hier um deswegen keine Aenderung machen, weil alsdenn jene Reservation diesem Willen völlig entgegen, und also eine protestatio facto contraria seyn würde, die bekanntlich ohne alle Wirkung ist. Zudem ist es bekannt, daß, sobald eine Verbindlichkeit aus den Gesetzen ihren Ursprung hat, diese Verbindlichkeit durch keine Protestation aufgehoben werden könne. s) Hier aber ist es einmal durch Gesetze festgesetzt, daß das Pfandrecht auf der Sache hafte, und mit derselben auf jeden Besitzer übergehe. Eben so unnütz daher die Protestation oder Reservation des Schuldners ist, daß der Gläubi-

r) *Rosenthal* de feudis cap. 9. membr. 1. qu. 8. n. 4. *Paris de Puteo* de reding. feud. cap. 259. n. 3. *Negusantius* de pign. part. 6. membr. 3. n. 26.

s) *Thomasius* de protestatione facto contraria. §. 35.

biger das Pfand nicht verkaufen solle; t) eben so unnütz ist auch jene Klausel in diesem Falle.

---

239. Meditation.

Wenn Agnaten zu der Verpfändung des Lehns ihre Einwilligung gegeben haben, so sind sie auch zur Bezahlung der Schuld verbunden.

§. 1.

Eben die Verbindlichkeit, die dem Lehnsherrn oblieget, die von dem Vasallen contrahirten Schulden zu bezahlen, wenn sich der Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung eine Hypothek auf das Lehn mit Einwilligung des Lehnsherrn hat geben lassen; eben diese Verbindlichkeit liegt den Agnaten ob, wenn sie nämlich in die Verpfändung bloß allein, ohne

t) *Stryk* U. M. Tit. de distract. pign. §. 8. L. 4. et 5. ff. de pignor. act. t. Tit. C. deb. vend. pign. imped. non posse.

ohne den Lehnsherrn gewilliget haben. u) Es treten hiebey eben die Gründe ein, die wir bereits in den vorhergehenden Meditationen angeführet haben, und lehret dieses auch schon die Natur der Sache. Denn so wie die Agnaten, mit deren Einwilligung ein Lehn verkauft ist, den Verkauf nicht widerrufen können, x) wenn das Lehn ihnen gefällt: so wenig können sie sich auch weigern, eine Schuld zu bezahlen, die mit ihrer Einwilligung von dem Vasallen aufgenommen ist.

§. Man wirft uns zwar von der Gegenseite y) ein, daß keine Lehnshypothek ohne Lehns=

u) *Rauchbar* part. 1. qu. 45. *Schulz* synopf. iur. feud. cap. 8. n. 168. *Schrader* de feud. part. 7. cap. 7. n. 42. *Mevius* part. 3. dec. 363. n. 4. *Lynker* decif. cent. 6. dec. 542. *Idem* in ref. difcept. for. cent. 6. dec. 578. *Stryk* U. M. Tit. quae res pign. oblig. non poff. §. 3. *Wernher* Tom. 1. part. 2. obf. 495. n. 4.

x) 2. *feud.* 26. §. 5. quod. fi conſenlit alienationi, vel per annum, ex quo ſcivit, tacuit, omnino removebitur *conf.* 1. feud. 5. §. 1. *Roſenthal* de feud. cap. 9. n. 2. concl. 77. n. 3.

y) *Carpzov* part. 2. conſt. 46. def. 9. *Idem* lib. 4. reſp. 67. n. 5. *Idem* lib. 2. dec. 176. n. 17. *Struv* Syntag. iur. feud. cap. 14. §. 22. n. 1. *Hellfeld* elem. iur. feud. cap. 11. §. 388.

Lehnsherrliche Einwilligung bestehen könne, sondern von selbst ungültig sey, und daß sich auch die Agnaten durch ihren Konsens in die Verpfändung zu nichts verbindlich gemacht hätten.

Es ist zwar wahr, daß eine Lehnshypothek ohne Einwilligung des Lehnsherrn und der nächsten Agnaten nicht gültig sey; aber sie ist nur in so weit ungültig, daß so wenig der Lehnsherr als die Agnaten, wenn ihnen das Lehn zufällt, eine von ihnen nicht bewilligte Hypothek anzuerkennen, und die Schuld zu bezahlen, nicht verbunden sind. Hier aber haben die Agnaten zu der Hypothek ihre Einwilligung gegeben; und wenn daher gleich, wegen des fehlenden Konsenses des Lehnsherrn, die Hypothek selbst nicht angegriffen werden kann, so sind doch die Agnaten, vermöge ihrer Einwilligung verbunden, den Gläubiger aus den Früchten des Lehns zu bezahlen. Und wenn gleich die Agnaten sich nicht ausdrücklich zur Bezahlung der Schuld verbindlich gemacht haben, so fließt doch diese Verbindlichkeit schon von selbst aus jener Einwilligung. Denn wozu sollte diese sonst nützen, und wäre es alsdenn nicht eben so gut, als wenn sie gar nicht ihre Einwilligung gegeben hätten?

240. Meditation.

Durch die Scheidung vom Tisch und Bette, wird die Succession unter den Eheleuten, auch in Absicht des schuldigen Theils, nicht aufgehoben.

§. 1.

Daß durch die Scheidung vom Tisch und Bette, das Band der Ehe nicht aufgehoben werde, ist eine bekannte Wahrheit; eben so wenig geht auch durch diese Trennung das nicht verlohren, was dem einen Ehegatten auf den Todesfall des andern gebühret. Ob aber auch der schuldige Theil, auf den ihm nach den Gesetzen aus der Nachlassenschaft des verstorbenen unschuldigen Ehegattens zukommenden Theil, Anspruch machen könne? darüber wird unter den Rechtsgelehrten gestritten. Ehe wir die Gründe anführen, weswegen wir jene Frage bejahen, a) wollen wir erst einen

Fall

a) *Carpzov* part. 3. const. 26. def. 15. et in def. eccl. lib. 2. tit. 12. def. 215. *Idem* in pr. crim. part. 2. qu. 58. n. 70. *Wernher*

Fall vorausſetzen, wo über jene Frage geſtritten wurde.

§. 2. Eine Frau hatte wider ihren Mann die Sävitien-Klage angeſtellet, und um die Scheidung von Tiſch und Bette nachgeſucht. Dieſe wurde von dem geiſtlichen Gerichte erkannt, und beide Eheleute auf drey Jahre geſchieden. Während dieſer Zeit ſtarb die Frau, und da hierauf der Mann, auf den ihm den Landesgeſetzen nach aus der Nachlaſſenſchaft ſeiner Frau zukommenden Theil, Anſpruch machte, wurde ihm derſelbe von den Erben der Frau ſtreitig gemacht.

§. 3. Nicht bloß das Anſehen vieler Rechtsgelehrten, a) ſondern auch die Geſetze b) ſchie-

nher Tom. 2. part. 6. obſ. 325. *G. L. Böhmer* princ. iur. cau. lib. 3. Sect. 2. Tit. 8. §. 413.

a) *Kohl* de ſucceſſ. coniug. part. 1. n. 38. *Forſter* de iure ſuc. ab inteſt. lib. 9. cap. 3. n. 30. *Richter* de ſucceſſ. ab inteſt. Sect. 4. membr. 4. n. 30. *Böhmer* J. E. P. Tom. 4. lib. 4. tit. 19. §. 49. *Stryk* de ſuc. ab inteſt. diſſ. 4. cap. 1. §. 9. *Bardili* de ſeparatione cohabitationis §. 41. *Weber* Diſſ. de ſucceſſ. coniug. ſuperſt. pauperis cap. 6. §. 5.

b) *L. un. §. 1. ff. unde vir. et uxor.* Ut autem haec bonorum poſſeſſio loçum habeat,

ſchienen hier der Behauptung der Erben zu Statten zu kommen.

Denn ſo findet nach der *L. un. §. 1. ff. unde vir. et uxor.* die bonorum poſſeſſio unter Eheleuten nicht Statt, wenn ſie geſchieden ſind, und ſo iſt es nach der *L.* 10. *§.* 1. *ff. ſol. matr.* unbillig, daß der ſchuldige Theil aus den Gütern des andern unſchuldigen, Vortheil oder Nutzen ziehe. Dies würde aber hier geſchehen, wenn der Mann als der ſchuldige Theil, den ihm aus der Nachlaſſenſchaft ſeiner Frau zukommenden Theil, erhalten ſollte.

§. 4.

beat, uxorem eſſe oportet mortis tempore, ſed ſi divortium quidem ſecutum ſit, veruntamen iure durat matrimonium: haec ſucceſſio locum non habet. Hoc autem in huiusmodi ſpeciebus procedit: Liberta ab invito patrono divortit, lex Julia de maritandis ordinibus retinet iſtam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono; item Julia de adulteriis, niſi certo modo divortium factum ſit, pro infecto habet.

L. 10. *§.* 1. *ff. ſolut. matr.* Si vir uxorem ſuam occiderit, dotis actionem heredibus uxoris dandam eſſe Proculus ait: non enim aequum eſt, virum ob facinus ſuum dotem ſperare, lucri facere. Idemque et e contrario ſtatuendum eſt.

§. 4. Wenn wir nur diese uns entgegen zu stehen scheinende Gründe, etwas näher erwägen wollen; so werden wir finden, daß selbige hier keine Anwendung leiden.

Es ist bekannt, daß ungeachtet einer Scheidung vom Tisch und Bette, die Ehe nicht getrennet werde, sondern fortdaure; daher ist denn auch der Mann schuldig, seine Frau zu ernähren. Da er also auf diese Art die Last tragen muß; so ist im Gegentheil auch nichts billiger, als daß er auch den Vortheil genieße. Zudem ist die Beraubung eines Rechts eine Strafe; Strafen und also auch Beraubung eines Rechts dürfen wir aber nicht anders erkennen, als da wo sie in den Gesetzen auf eine Handlung gelegt ist.

§. 5. Die gegenseitigen Einwürfe sind auch bald zu heben. Denn die *L. un. §. 1. ff. unde vir. et uxor.* redet von der Ehescheidung, nicht aber von der Scheidung vom Tisch und Bette. Zwar scheinet dieser Erklärung der Ausdruck: *iure durat matrimonium*, zu widersprechen; allein dies geht nur auf die in den Gesetz erzählte zwey Fälle, wie die Worte: *in huiusmodi speciebus procedit*, anzeigen.

Eben so wenig kann man auch behaupten, daß hier der Mann durch seine Schuld, da er nämlich die Ursache der Scheidung vom

Tisch

Tisch und Bette gewesen, etwas erwerbe, sondern die Gesetze haben ihm einmal einen gewissen Theil an der Nachlassenschaft seiner Frau gegeben, der ihm auch nicht ohne Gesetz genommen werden kann.

---

241. Meditation.

Die *auth. praeterea C. unde vir et uxor* geht auch auf den Mann.

§. 1.

Nach der *auth. praeterea C. unde vir et uxor* succediren Eheleute einander in dem Falle, wenn der verstorbne Ehegatte reich gewesen, der überlebende aber arm c) ist.

Der

c) Nach der Vorschrift des gemeinen Rechts, ist derjenige arm, welcher nicht ein Vermögen besitzt, das den Werth von 50 Goldgulden oder Dukaten ausmacht. L. 10. ff. de accus. et inscript. Verschiedene Rechtsgelehrte, als *Gail* Lib. 1. obs. 142. n. 8. *Berliot* P. 1. concl. 7. n. 271. wollen, daß man bei dieser Vorschrift stehen bleiben solle. Andere hingegen, als *Carpzov* P. 3. const. 13. def. 21. n. 6. *Mevius*

Der Theil, den der überlebende erhält, ist aber nicht immer gleich. Sind leibliche Kinder aus dieser Ehe vorhanden: so kommt es auf die Zahl derselben an. Wenn drei oder mehrere da sind: so bekommt der überlebende Ehegatte Kindestheil; bei wenigern oder gar keinen Kindern aber, den vierten Theil. An diesem Erbtheile hat derselbe nur den Niesbrauch, wenn er mit seinen Kindern concuriret, sonst aber das volle Eigenthum davon. d)

§. 2.

vius P. 8. dec. 408. n. 2. halten denjenigen für arm, der weder beweg- noch unbewegliche Güter besitzt, sondern sich entweder von seiner Hände Arbeit ernähren, oder bei andern Leuten dienen muß. Die meisten aber lassen es, und zwar mit Recht, dem billigen Ermessen des Richters über, zu bestimmen, wer arm zu nennen sey, da hier keine genaue, auf alle Fälle passende Vorschriften gegeben werden können, und hauptsächlich darauf zu sehen ist, ob jemand von seinem Vermögen, seinem Stande gemäß leben könne. *Schilter* ex. 6. §. 18. *Mevius* P. 7. dec. 190. n. 2. Strube rechtl. Bed. B. 2. N. 58. *Koch* de succeff. ab. inft. §. 111. Höpfners Comm. über die Heinec. Inftit. S. 615. §. 702.

d) Von der Concurrenz mit Ascendenten und Seitenverwandten. S. die folgende Meditation.

§. 2. Geht aber auch dieſe Verordnung auf den Fall, wenn der Mann als überlebender Ehegatte arm, ſeine verſtorbne Frau aber reich iſt? Viele Rechtsgelehrte e) wollen dies läugnen; andre f) aber machen hiebei, und ſo wie wir glauben mit Recht, keinen Unterſchied.

Denn nicht einmal zu gedenken, daß die Rechte der Erbfolge wechſelſeitig ſind g) und alſo das, was bei einem Theile verordnet iſt, auch bei dem andern Recht ſeyn muß: ſo iſt ſelbſt in der Nov. 53. Kap. 6. §. 2. ausdrücklich jene Verordnung, auch auf den Fall gezogen, wenn der Mann arm iſt. In dieſer Novelle heißt es: *haec itaque dicimus, ſi coniunctorum alter dotem aut antenuptialem donationem non faciens, inops aut vir*

e) *Cuiacius* ad Nov. 53. *Ritterhuſius* ad Nov. part. 7. cap. 17. n. 9. *Barry* de ſucceſſ. lib. 18. tit. 4. in f. *Gudelin* de iure noviſſ. lib. 2. cap. 16.

f) *Kohl* de ſucceſſ. coniug. part. 2. n. 70. *Stephani* ad Nov. 53. n. 38. *Gail* lib. 2. obſ. 98. n. 5. *Struv* ex. 38. §. 39. *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 4. cap. 1. §. 42. et in U. M. Tit. unde vir. et uxor. §. 6. *Böhmer* Conſ. et reſp. Tom. 2. part. 2. reſp. 588. n. 28. *Schilter* ex. 41. §. 79. concl. 9. *Koch* de ſucceſſ. ab int. §. 111. *Walch* contr. iur. p. 257.

g) L. 11. C. commun. de ſucceſſ.

vir aut mulier inveniatur, aut moriens quidem aut vir aut mulier locuples ſit, ille vero vel illa ſuperſtes pauper exiſtat. Bey dieſen ſo klaren Worten, können wir alſo, wenn wir anders nicht wider die Geſetze reden wollen, nicht behaupten, daß der Mann, wenn er arm iſt, nicht unter jener Verordnung der Auth. begriffen ſey.

§. 3. Iſt denn aber nicht die angeführte Nov. 53. Kap. 6. durch andre Geſetze aufgehoben? Dies behaupten die Gegner. Zu dem Ende berufen ſie ſich auf die Nov. 117. Kap. 5. als aus welcher die *auth. praeterea C. unde vir et uxor* genommen iſt. Am Ende des angeführten Kapitels wird geſagt: *virum enim in talibus caſibus quartam, ſecundum priorem noſtram legem, ex ſubſtantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus.*

Allein wir läugnen, daß durch die hier angeführten Worte, die quarta oder der vierte Theil, den der arme Ehegatte aus der Nachlaſſenſchaft des verſtorbnen reichen Ehegattens erhält, verſtanden werde. Es wird hier nämlich von der quarta geredet, die ſonſt dem Manne, falls er ſich von ſeiner Frau geſchieden hatte, zuſtand, und dieſe dem Manne in dem Falle abgeſagt, wenn die Eheſcheidung ohne rechtmäßige Urſachen geſchehen war. Dies zei-

zeigen die Worte: *que tamen irrationabiliter excluſa eſt, in ipſo tempore expulſionis partem iubemus accipere, quae continetur hac lege:* deutlich an. Es iſt alſo durch dieſe Verordnung nicht die Nov. 53. Kap. 6. ſondern vielmehr die Nov. 22. Kap. 18. abgeändert.

---

242. Meditation.

Wenn der überlebende arme Ehegatte mit Aſcendenten oder Seitenverwandten concurriret: ſo erbt er mit denſelben zu gleichen Theilen, wenn mehrere als drei da ſind.

§. 1.

Wir haben ſchon in der vorhergehenden Meditation erinnert, daß der Theil, den der überlebende arme Ehegatte, aus der Nachlaſſenſchaft des verſtorbnen reichen Ehegattens erhält, nicht immer gleich ſey, ſondern daß es darauf ankomme: ob entweder drei oder mehrere Kinder mit ihm concurrirten, als in welchem erſten Falle er den vierten, in dem letztern aber Kindes Theil erhalte.

§. 2.

§. 2. Wenn nun aber gar keine Kinder, sondern Ascendenten oder Seitenverwandte da sind; wird auch alsdenn bei Bestimmung des Theils, den der überlebende Ehegatte erhält, auf die Anzahl Rücksicht genommen, oder erhält alsdenn ohne Unterschied der Ehegatte den vierten Theil? Letzters wollen einige Rechtsgelehrte h) daher behaupten, weil in der Nov. 117. Kap. 5. da wo der Theil des überlebenden Ehegattens festgesetzt wird, nur bloß allein von Kindern geredet, in der Nov. 53. Kap. 6. aber den überlebenden Ehegatten der vierte Theil zugesprochen wird. Sie glauben daher, daß die Nov. 117. Kap. 5. nicht auf den Fall erstrecket werden könne, wenn Ascendenten oder Seitenverwandte da sind.

§. 3. Nach der Nov. 53. Kap. 6. gebührte freilich dem überlebenden Ehegatten beständig der vierte Theil. Denn so heißt es: *et sicuti scripsimus legem volentem, si sine dote existentem uxorem vir dimiserit, quartam partem eius substantia accipere eam; sic etiam hic, quoniam contingit forte paucos aut plures esse filios, quartam partem eius substantiae habere mulierem, sive plures sive minus filii fuerint.*

Von dieser Verordnung weicht aber die Nov. 117. Kap. 5. ab, die, bei Bestimmung des

h) *Rittershusius* ad Nov. part. 7. cap. 17. n. 11. *Struv* ex. 38. §. 39.

des Theils auf die Zahl der Kinder Rücksicht zu nehmen, befiehlet. Freilich wird darin nur bloß der Kinder erwähnt; allein die am Ende der Novelle enthaltnen Worte: *si vero talis mulier filios ex eo non habuerit: iubemus etiam dominii iure habere eam res, quas ex viri facultatibus ad eam venire per praesentem iussimus legem*, zeigen deutlich an, daß es dem Willen des Gesetzgebers allerdings gemäß sey, auch auf die Anzahl der mit dem überlebenden armen Ehegatten concurrirenden Ascendenten und Seitenverwandten zu sehen. Daher ist denn auch diese Meinung von den mehrsten Rechtsgelehrten i) angenommen.

Nur der Unterschied ist zu merken, daß, wenn keine Kinder da sind, der überlebende Ehegatte den ihm zukommenden Theil als sein völliges Eigenthum erhalte.

i) *Grafs* recept. sent. §. successio ab intestato qu. 40. n. 2. *Barry* de successione lib. 15. lit. 4. n. 11. *Kohl* de succeff. coniug. part. 2. n. 69. *Schilter* ex. 41. §. 79. concl. 8. *Stryk* de succeff. ab intest. diff. 4. cap. 1. §. 41. et in U. M. Tit. unde vir et uxor §. 7.

243. Meditation.

Ein hinterlassenes Vermächtniß unter der Bedingung, wenn der Vermächtnißnehmer 20 Jahr alt seyn wird, kann nicht eher, als bis nach zurückgelegtem 20ten Jahre gefordert werden, und geht also nicht auf dessen Erben, wenn der Vermächtnißnehmer eher gestorben ist.

§. 1.

Titius hatte in seinem Testamente, dem Kajus folgendes Vermächtniß hinterlassen: daneben ist mein Wille, daß mein Erbe Sempronius dem Kajus, wenn er 20 Jahre alt seyn wird, 1000 Rthlr. auszahle.

Kajus starb in dem 20ten Jahre seines Alters, und weil seine Erben die Auszahlung des Vermächtnisses von dem Sempronius verlangten, wozu sich dieser aber nicht verstehen wollte, kam es unter beiden zu einem Rechtsstreite.

§. 2.

§. 2. Die Entscheidung jenes Rechtsstreits beruhet vornämlich auf der Frage; ob bei einem solchen Vermächtniß es genug sey, daß der Vermächtnißnehmer die bestimmten Jahre erreiche, oder ob er sie wirklich zurückgelegt haben müsse? [k]) Diese Frage wird in der *L.* 49. *pr. ff. de leg.* 1. so beantwortet: *si cui legetur, cum quatuordecim annorum erit, certo iure utimur, ut tunc sit quatuordecim annorum, cum impleverit: et ita Imperatorem decreviſſe Marcellus ſcripſit.* Nach diesem Gesetze wird also jene Frage verneinend entschieden, und ist es folglich nicht genug, daß in unserm Falle der Vermächtnißnehmer in das 20te Jahr getreten sey, sondern es wird vielmehr erfordert, daß er jene Jahre wirklich erreicht habe.

§. 3. Hieraus können wir also obigen Fall entscheiden. Ferner verordnen die Gesetze auch noch dazu ausdrücklich, daß ein solches Vermächtniß nicht auf Erben gehen solle. So heißt es in der *L.* 49. §. 3. *ff. de leg.* 1: et ideo ſiquidem ante decimum quartum

k) Einen ähnlichen Fall enthält die Med. 302. im 5ten Bande, wo wir gezeigt haben, daß ein Vermächtniß, welches unter der Bedingung: wenn einer heirathen werde, hinterlassen ist, nicht eher, als bis nach erfolgter Heirath gefordert werden könne.

tum annum decesserit, *ad heredem nihil transit;* certe postea ad heredem transfert. Dieses Gesetz redet zwar von dem Falle, wenn der Vermächtnißnehmer vor dem 14ten Jahre stirbt; aber dies schadet um so weniger unsrer Meinung, da es mehrere Gesetze giebt, die deutlich genug für unsre Meinung reden. Wir beziehen uns desfalls auf die *L.* 22. *ff. quand. dies leg. ced.* und auf die *L.* 48. *ff. de cond. et demonst.* Im erstern heißt es: *Si Titio, cum is annorum quatuordecim essset factus, legatum fuerit, et is ante quartum decimum annum decesserit, verum est ad heredem eius legatum non transire,* und im letztern: *non putabam diem fideicommissi venisse, cum sextum decimum annum ingressus fuisset, cui erat relictum, cum ad annum sextum decimum pervenisset, et ita etiam Aurelianus Imperator Antoninus ad appellationem ex Germania iudicavit.*

§. 4. Diesen Gesetzen scheinet die *L.* 74. §. 1. *ff. ad Sct. Trebell.* gerade entgegen zustehen, als worin gesagt wird, daß es genug sey, wenn der Vermächtnißnehmer in das 20te Jahr getreten sey. Ehe wir zeigen, daß dieses Gesetz uns gar nicht widerspreche; wollen wir dasselbe einrücken. *Fabius Antoninus impu-*

berem filium Antoninum et filiam Honoratam relinquens, exheredatis his, matrem eorum Juniam Valerianam heredem instituit, et ab ea trecenta, et quasdam res filiae reliquit, reliquam omnem hereditatem filio Antonino, cum ad annum 20. pervenisset, voluit restitui; quod si ante annum 20. decessisset filius, eam hereditatem Honoratae restitui praecepit: mater intestata decessit, utrisque libris legitimis heredibus relictis: postea filius annum agens plenum nonum decimum, et ingressus vicesimum, nedum tamen eo expleto decessit, filia herede Favia Valeriana sua relicta, a qua amita fideicommissum et ex testamento patris portionem hereditatis petebat, et apud Praesidem obtinuerat: tutores Valerianae filiae Antonini, egestatem eius praetendebant, et recitabant divi Hadriani constitutionem, in qua, quantum ad munera municipalia iusserat, eum annum, quem quis ingressus esset pro impleto numerari. Imperator autem noster motus et aequitate rei, et verbis testamenti: si ad annum vicesimum aetatis, quamvis se scire diceret, a divo Marco non excusatum a tutela eum, qui septuagesimum annum aetatis ingressus fuisset, nobis et legis Aeliae Sentiae argumenta proferentibus,

et

et alia quaedam contra petitricem pronunciavit.

§. 5. Es ist wahr, dieses Gesetz ist deutlich genug, und der darin erzählte Fall, und die beigefügte Entscheidung desselben lehret, daß daselbst, der Anspruch der *Honorata*, auf das ihrem Bruder *Antoninus*, unter der Bedingung hinterlaßne Fideicommis; daß wenn er vor dem 20ten Jahre stürbe, dasselbe seiner Schwester restituiret werden solle, für gegründet gehalten sey, obgleich *Antoninus* in dem 20ten Jahre gestorben war, und also dasselbe noch nicht völlig zurückgelegt hatte.

Vergleichen wir dieses Gesetz mit der von uns angeführten *L.* 49. *pr. ff. de leg.* 1. und *L.* 48. *ff. de cond. et dem.* so werden wir finden, daß der von uns erzählte Fall nach jenen beiden Gesetzen, nicht aber nach der *L.* 74. §. 1. *ff. ad Sct. Trebell.*, müsse entschieden werden.

In diesem Gesetze wird nämlich nur das Dekret des Antoninus Caracalla angeführt; in den beiden erstern Gesetzen aber, das Dekret des Antoninus Pius, und der in dem *L.* 74. *pr. ff. de leg.* 1. enthaltne Ausdruck: *certo iure utimur*, zeigt schon an, daß unsere Meinung die von den Gesetzenan-

genommene sey, besonders da selbige noch durch mehrere Gesetze l) bestätiget worden ist.

§. 6. Eben so wenig widerspricht uns auch die *L. 5. C. quand. dies leg.*, als worin folgendes enthalten ist: *ex his verbis, do, lego Aeliae Severinae filiae meae et secundae decem, quae legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit: non conditio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur. Et ideo si Aelia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est: ad heredem suum actionem transmisit, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis non subtracta fuisset, vicesimum quintum annum aetatis implesset. Non coeptum enim annum, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, expectandum esse iurisprudentibus placuit.*

§. 7. Das Vermächtniß, wovon jenes Gesetz redet, war ohne alle Bedingung hinterlassen,

l) *L. 5. C. quand. dies leg.* — non coeptum enim annum, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, expectandum esse, iurisprudentibus placuit.

lassen, und nur die Zeit, wann das Vermächtniß ausgezahlt werden sollte, bestimmet. Ein solches Legat ist gleich fällig, es kann aber nicht eher, als bis zur festgesetzten Zeit, gefordert werden. Wenn deswegen der Vermächtnißnehmer vor der, zur Auszahlung des Vermächtnisses bestimmten Zeit stirbt, so transferiret er das Vermächtniß allerdings auf seine Erben, und diese können also auch zu seiner Zeit dasselbe fordern.

---

244. Meditation.

Das Vermächtniß eines Lehnsstücks ist ungültig, und der Werth desselben braucht nicht erstattet zu werden.

§. 1.

So wenig ein Vasall über das Lehngut testiren kann, [m]) eben so wenig kann er auch ein Lehnsstück, ohne Willen des Lehnsherrn, einem Fremden vermachen. [n]) Es entsteht hiebei die Frage: wenn ein Vasall ein Lehnstück einer fremden Person vermacht habe, ob nicht wenigstens der Werth desselben, dem

Ver-

m) I. feud. 8.
n) II. feud. 9. §. 1.

Vermächtnißnehmer müsse gegeben werden? Wir tragen kein Bedenken diese Frage zu verneinen, o) und hoffen durch folgende Gründe, die Richtigkeit unserer Behauptung außer allen Zweifel zu setzen.

§. 2. Jeder muß ohne Zweifel zugeben, daß ein Lehn eine solche Sache sey, worüber man nicht frei disponiren könne, und daher solches nicht in commercio sey. Wenn man nun über Sachen, die nicht in commercio sind, kein Vermächtniß machen kann, und wenn es ja geschehen seyn sollte, der Werth derselben nicht erstattet wird, p) so können wir daraus schon die Folge auf gegenwärtigen Fall herleiten. Wir finden selbst ähnliche Beispiele, q) wo

o) *Rosenthal* de feud. cap. 7. n. 10. *Vulteius* de feud. lib. 1. cap. 9. n. 150. *Christinaei* decis. vol. 5. dec. 28. *Gail* lib. 2. obs. 154. n. 14. *Struv* syntag. iur. feud. cap. 9. §. 12. n. 9. *Leyser* sp. 380. n. 3. *G. L. Böhmer* princ. iur. feud. lib. 1. Sect. 2. cap. 8. §. 293.

p) *§.* 4. *I. de leg.* Sed si talis sit res cuius commercium non est, vel adipisci non potest, nec aestimatio eius debetur: veluti si campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quae publico usui destinata sunt, legaverit; nam nullius momenti tale legatum est.

q) *L.* 39. *§.* 10. *ff. de leg.* 1. Sed et ea praedia Caesaris, quae in formam patrimo-

wo nach jenem Grundſatz geſprochen, und ein Vermächtniß, über Sachen, die nicht in commercio ſind, für ungültig erkläret iſt. Iſt deswegen ein Vermächtniß über ein Lehnſtück ungültig, ſo kann ſolches auch gar keine Wirkung hervorbringen. r) Dies würde aber geſchehen, wenn der Erbe ſchuldig wäre, den Werth deſſelben zu bezahlen.

§. 3. Die Gründe, welche die der gegenſeitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehrte s) anzuführen pflegen, ſind nicht ſo ſtark, daß ſie eine andre Entſcheidung bewirken könnten. Wir werden dies am beſten zeigen können, wenn wir die Geſetze, worauf ſich dieſe Meinung ſtüzet, einer kurzen Prüfung unterwerfen.

§. 4.

monii redacta ſub procuratore patrimonii ſunt, ſi legentur: nec aeſtimatio eorum debet praeſtari, quoniam commercium eorum, niſi iuſſu principis, non ſit: cum deſtrahi non ſoleant. *Conf.* L. 49. *§.* 2. *de leg.* 2.

r) L. 5. C. de leg.

s) *Stryk* U. M. Tit. de legat. §. 15. *Horn* iurisprud. feud. cap. 14. §. 8. *Hellfeld* iurispr. feud. cap. 11. §. 368. *Crell* utrum feudo legato eius aeſtimatio debeatur. *Puttmann* adverſar. iur. univerſ. Lib. 1. cap. 3. *Franke* ſub praeſ. *Geisleri* de legato rei, commercio exemtae 1788.

§. 4. Den ersten Grund nimmt man her aus der *L.* 114. *§.* 5. *ff. de leg.* 1. worin es heißt: *si quid alicui licite fuerit relictum, vel ius aliud quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, quanti solet comparari, tantam aestimationem accipiet.* In diesem Gesetze wird gesagt, daß, im Fall die vermachte Sache dem Vermächtnißnehmer nicht übergeben werden könne, der Werth derselben erstattet werden müsse.

Allein es wird in jenem Gesetze offenbar von einem solchen Vermächtnißnehmer geredet, der durch einen Zufall, nicht aber wegen einer ihm entgegenstehenden rechtlichen Verordnung, gehindert wird, die vermachte Sache in Besitz zu nehmen. Es unterscheidet daher Marcianus als Verfasser des Gesetzes, die beiden Fälle von einander: ob es nämlich eine solche Sache betrift, die nicht in commercio des Vermächtnißnehmers ist, oder eine solche, die demselben bei seinen jetzigen Umständen nichts nützen kann, und in diesem letztern Falle, wird dem Vermächtnißnehmer der Werth zuerkannt.

§. 5. Der zweite Grund liegt in der *L.* 40. *ff. leg.* 1. worin folgendes verordnet wird: *sed si res aliena, cuius commercium lega-*

ta-

tarius non habet, ei, cui ius possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto, aestimationem deberi.

In diesem Gesetze wird von einem solchen Falle geredet, da der Vermächtnißnehmer eine fremde Sache einem andern restituiren, nicht aber sich erwerben soll. Hier nun kann es dem Fideicommissarius nicht schaden, wenn der Legatarius die Sache, die er restituiren soll, nicht erwerben kann.

Endlich kann man auch hier die Distinction, ob nämlich der Testator gewußt habe, ob das vermachte Stuck ein Lehngut sey oder nicht, um deswegen nicht zum Grunde legen, weil ein Lehn in Absicht des Vasallens keine fremde Sache ist, und also nicht die Regeln, die sonst bei dem Vermächtniß einer fremden Sache Statt finden, hier eintreten.

§. 6. Franke in der angeführten Disputation t) sagt hierüber folgendes: Die Gesetze misbilligen das Vermächtniß solcher Sachen nicht schlechthin, die nicht durchgehends, sondern nur von dem Legatar nicht erworben werden können; sie rechnen solche nicht zu denen, quae pro non scriptis habentur. Dies beweisen die — auch von uns angeführten — Gesetz-

t) Kluber's kleine juristische Bibliothek B. 4 S. 143.

setzstellen zum Theil, so wie die den Testirern verstattete uneingeschränkte Dispositionsfreiheit.

Im Zweifel muß man darauf sehen, a) ob die legirte Sache dieser Art sich in dem Vermögen des Testirers, des Erben, oder desjenigen befindet, an welchen der Legatar deshalb vom Testirer gewiesen ist; b) oder nicht? In letzterm Falle, worin der Testirer eine fremde Sache wissentlich einem Fremden, oder eine solche, die er aus Irrthum für die seinige hielt, einem Verwandten vermacht; so muß der Erbe den Werth prästiren. L. 40. ff. de legat. I. L. 49. §. 1. ff. de legat. II. Libri Basilic. Lib. 44. Tit. 1. §. 19. und Synopsis Basilic. Lib. 44. Tit. 1. §. 38. Auch kommt die Rechtsanalogie vom legato rei alienae (L. 67. §. 8. ff. de legat. II. §. 4. f. de legat. L. 10. in fin. ff. de auro, argent. mand. leg. L. 10. C. de legat.) und der vermuthliche Wille des Testirers, welcher wissentlich eine fremde Sache legirt, und dessen Absicht, seinen Willen auf irgend eine Art würksam zu machen, zu statten. — Im erstern Falle, wenn bloß die Unfähigkeit des Legators im Wege steht; ist dieser unfähig, entweder des Eigenthumsrechts der legirten Sache, oder wenigstens ihres Besitzes; und der Testirer hat entweder um die Beschaffenheit des Legators gewußt, oder nicht. Hat er

sie

sie nicht gewußt; so ist ein solches Vermächtniß völlig ungültig; und weder die Sache noch deren Werth wird abgeliefert. L. 41. §. 2. de legat. II. *Theophilus* Paraphr. Inst. Lib. 2. Tit. 20. §. 4. Wenn hingegen dem Testirer jene Unfähigkeit des Legators bekannt gewesen ist, welches dieser beweisen muß; oder wenn der Legator nur des Besitzes, nicht aber des Commerzes und Eigenthumsrechts unfähig ist: so muß alsdenn der Werth des Vermächtnisses demselben entrichtet werden. L. 11. §. 16. ff. de legat. III. L. 114. §. 5. ff. de legat. I.

---

245. Meditation.

Zur Gültigkeit eines Instruments über eine Besitzergreifung, wird nicht erfordert, daß solches von einem Notarius gemacht sey.

§. 1.

In einer gewissen Erbschafts-Sache, hatte der Testaments-Erbe durch einen Advocaten, welcher aber kein Notarius war, von der Nachlassenschaft des Verstorbnen Besitz nehmen zu lassen. Das darüber errichtete Instrument

wurde

wurde darauf von drei Zeugen unterschrieben, demnächst dem Gericht übergeben, und um Manutenenz nachgesucht, die denn auch auf dieses Instrument vom Gericht dem Testaments-Erben ertheilet wurde.

§. 2. Der Intestat-Erbe fand sich dadurch beschweret, und behauptete, daß um deswegen der Testaments-Erbe in dem Besitze nicht hätte geschützt werden können, weil das Instrument von einem Notarius nicht sey errichtet worden.

Allein es ist nirgends verordnet, daß ein Notarius nothwendig zu einer Besitzergreifung müsse zugezogen werden, vielweniger aber, daß ein Instrument, welches von einem andern errichtet worden ist, keinen Glauben verdiene. u) Denn ein Instrument wird nicht zur Besitzergreifung erfordert, sondern dienet nur zum Beweis. Dieser Beweis aber kann auch durch andre Zeugen geführet werden, und da den Rechten nach r) ein Instrument, welches von drei Zeugen unterschrieben worden ist, für ein öffentliches Instrument gehalten wird: so ist kein Zweifel, daß nicht auch ein Instrument, welches von einer andern Person ist errichtet worden, wenn anders in den wesentlichen Stücken kein Mangel ist, eben die Wirkung habe.

u) *Postius* de manuten. obs 21. n. 46. *Stryk* de possessione instrumentali cap. n. 37.
r) L. 11. C. qui pot. in pign.

246. Meditation.

Der Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid wird nicht für ausgeschworen gehalten, wenn derjenige, der denselben abstatten soll, den Eid zwar angenommen oder sich zu demselben erboten hat, aber, ehe derselbe ausgeschworen, gestorben ist.

§. 1.

In einem gewissen Rechtsstreite wurde darüber gestritten: ob der Erfüllungs-Eid auch für abgestattet könne gehalten werden, wenn sich der Kläger zu demselben erboten, von dem Richter auch darauf erkannt, der Kläger aber, ehe er denselben ausgeschworen hat, gestorben sey?

Der Fall war dieser: Titius und Kajus waren wegen eines unter beiden getroffnen Kaufs in Irrungen, und in einen weitläuftigen Prozeß gerathen. Dem Titius als Kläger wurde der Beweis auferlegt, welchen er auch antrat, aber nicht völlig führen konnte. Er erbot sich also zu dem Erfüllungs-

Eide;

Eide; hierauf wurde auch von dem Richter erkannt, und ein Termin zur Ausschwörung angesetzt. Vor diesem Termin starb aber der Kläger, und da den Erben auferlegt wurde, nunmehro den Erfüllungs-Eid nach ihrem Wissen auszuschwören, glaubten diese dadurch beschweret zu seyn.

§. 2. Es ist wahr, daß unter gewissen Umständen: wenn nämlich der Verstorbne den Eid angenommen, sich, denselben auszuschwören, erkläret hat, auch ihm kein Verzug oder Aufenthalt beizumessen ist, der Eid für geleistet gehalten wird. Eben so wahr ist es auch, daß viele Rechtsgelehrte y) dieses von dem Erfüllungs-Eide behaupten; und hierauf gründeten also die Erben ihre Beschwerden. Aber ihre Beschwerden waren nicht so beschaffen, daß darauf Rücksicht genommen, vielweniger aber sie von der Abstattung des Eides losgesprochen werden konnten.

§. 3. Ueberhaupt kennen die Rechte keine Vermuthung, die in diesem Falle für einen solchen streiten sollte, der einen von dem Richter

y) *Carpzov* lib. 6. resp. 129. *Gail* lib. 2. obs. 43. n. 1. *Stryk* de morte loco iurisiurandi cap. 1. §. 2. et in U. M. Tit. de iure iur. §. 42. *Hahn* ad Wesenb. Tit. de iure iur. n. 9. *Mevius* part. 4. dec. 262. et part. 5. dec. 46. Fredersdorf Justiz-Beamte, Band 2. Kap. 29. §. 22.

ter ihm auferlegten Eid angenommen hat, vor der Ausschwörung aber gestorben ist.

Und so läßt sich auch kein Schluß, von dem Falle, wenn ein Theil dem andern den Haupteid zuschiebt, auf gegenwärtigen Fall herleiten. Denn da ist eine stillschweigende Convention, daß man nämlich das, worüber der Haupteid zugeschoben worden ist, alsdenn, wenn derselbe ausgeschworen sey, für wahr annehmen wolle. Hier treten also die Gesetze ein, die bei jeder Convention gelten, nämlich, daß die Bedingung für erfüllet gehalten wird, sobald der eine bereit gewesen ist, solche zu erfüllen, aber an der wirklichen Erfüllung verhindert worden. z) Allein ganz anders verhält es sich mit dem Falle, wenn von dem Richter auf den Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid erkannt wird. Denn dieser beruhet nicht in der Willkühr der Partheien, sondern des Richters, da dieser nach den Umständen entscheiden muß, auf welchen Eid zu erkennen sey. Mit Recht ist daher auch von andern Rechtsgelehrten a) die gegenseitige Meinung verworfen.

247.

z) L. 24. ff. de cond. et demonstr.
a) *Brunnemann* ad L. 12. C. de reb. cred. n. 11. *Hilliger* ad Donell. lib. 24. cap. 11.

247. Meditation.

Einer, der sich als Selbstschuldner verbürget, hat alsdenn das beneficium ordinis nicht, wenn er, auf Vorzeigung eines errichteten Instruments, zu bezahlen versprochen hat.

§. 1.

Auch einem, der sich als Selbstschuldner verbürget hat, steht sonst nach der Meinung der

11. lit. y. *Lauterbach* de iuramentis. §. 6. n. 58. *Wernher* Supl. ad p. 4. obs. 151. n. 120. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 56. S. auch *Neuendorf* de morte loco iurisiurandi 1787. *Kleinschrod* Specim. inaug. Num iuramentum delatum in iudicio acceptatumque interveniente morte acceptantis haberi pro praestito queat? Wirc. 1798. Dieser nimmt den Satz an, daß der, einem andern vom Gegner oder von dem Richter angebotene und auch angenommene, aber wegen eingetretenen Todesfall nicht geleistete Eid, nur in dem einzigen Falle für abgeleistet zu halten sey, wenn des Gegners Bosheit oder Nachlässigkeit an der Zögerung Schuld gewesen ist:

der meisten Rechtsgelehrten [b]) das beneficium ordinis zu, und braucht, wie ein ander Bürge, wenn er jener Rechtswohlthat nicht entsagt hat, der Regel nach nicht eher zu bezahlen, bis vorher der Hauptschuldner ausgeklagt ist. Allein in dem Falle, wenn sich ein Bürge anheischig gemacht hat, auf bloße Vorzeigung der Handschrift zu bezahlen, kann er sich mit jener Rechtswohlthat nicht weiter schützen.

§. 2. In einem hierüber entstandnen Rechtsstreite, kam jener Fall zur Untersuchung. Es hatte nämlich jemand an einem andern, ein Kapital von einigen hundert Thalern zu fordern, und sich einen Bürgen stellen lassen, der nicht nur diese Schuld als Selbstschuldner übernommen, sondern auch dabey versprochen hatte, auf bloße Vorzeigung der Handschrift zu bezahlen.

Der

b) *Canngiesser* decis. Hass. Cass. Tom. 9. dec. 258. Pütters Rechtsfälle Th. 3. Bed. 80. *Schaab* Diss. de fideiussore qui ut debitor. princip. se obligavit, beneficio ord. gaudente. 1786. Quistorps rechtl. Bemerkungen Th. 1. Nr. 89. §. 2. S. 310. Es verneinen dieses unter andern *Mevius* P. 9. dec. 186. *Schmid* de fideiussore principaliter obligato p. 32. *Bridoul* de fideiussoribus p. 22.

Der Bürge aber hatte dabey dem beneficio ordinis nicht ausdrücklich entsagt, und glaubte daher, daß er aus diesem Grunde nicht eher zu bezahlen verbunden sey, als bis der Hauptschuldner ausgeklagt worden.

§. 3. Wenn nun gleich der Regel nach einem Selbstschuldner sowohl, als einem andern Bürgen das beneficium ordinis zusteht, wenn er sich desselben nicht ausdrücklich begeben hat: so konnte doch in diesem Falle der Selbstschuldner mit seiner Einrede nicht gehöret werden.

In der, dem Instrument angehängten Klausel: auf Vorzeigung desselben zu bezahlen, lag schon deutlich genug eine Begebung jener Rechtswohlthat. Er hatte sich verbindlich gemacht, gleich zu bezahlen, wenn ihm das Instrument vorgezeigt würde, also eher, alo der Hauptschuldner ausgeklagt würde. Hat sich aber einer hiezu verbunden, so fällt schon von selbst dadurch jene Rechtswohlthat weg. c)

§. 4.

c) Qui promisit, se soluturum ad solum verbum creditoris, conveniri potest, non excusso principali. *Hering* de fideiuss. cap. 27. part. 1. n. 106. *Muscatelli* pract. fideiuss. part. 1. mod. 12. n. 7. mod. 13. n. 9. et part. 2. qu. 10. n. 3. Das Gegentheil von unserm Satze behauptet Quistorp a. a. O.

§. 4. Es konnte auch eben so wenig hier der Bürge diese Rechtswohlthat vorschützen, da aus dem Willen der Partheien genug zu sehen war, daß es dem Gläubiger frey stehen sollte, den Bürgen gleich, ohne vorher den Hauptschuldner auszuklagen, zu belangen. d) Denn es ist eine bekannte Regel, daß man immer mehr auf die Intention der Partheien, als auf die bloßen Worte sehen müsse. e) Hatte hier daher der Bürge auch nicht dem beneficio ordinis besonders entsagt, so hatte er doch durch die Worte: auf bloße Vorzeigung des Instruments zu bezahlen, seinen Willen, sich dieser Rechtswohlthat nicht zu bedienen, genug zu erkennen gegeben, und das um so mehr, da bei Uebernehmung einer fremden Schuld, die Rechtswohlthat der Vorausklage alsdenn wegfällt, wenn der Bürge solche zu einer gewissen bestimmten Zeit zu bezahlen versprochen hat. f)

§. 5.

d) Non iuvabitur vero beneficio excussionis, quando inter contrahentes hoc actum appareat, ut creditori fas sit, fideiussorem convenire. *Carpzov* part. 2. const. 18. def. 12.

e) In omnibus actibus potissimum, quid contrahentes senserint, inspici debet. *L.* 219. *ff. de verb. sig.* *L.* 19. *ff. de reb. cred.* *L.* 9. *ff. de hered. inst.* *L.* 17. *C. de don.* *Carpzov* l. c. n. 4.

f) *Huber* prael. ad pand. Tit. de const. pe-

§. 5. Ueberdem verlangen unsre Gesetze hier so wenig eine ganz specielle Begebung der Rechtswohlthaten, — wenn sie gleich eine ganz generelle auch nicht zulassen, — daß sie vornämlich bey Bürgschaften, eben so wohl darauf mit Rücksicht nehmen, was eigentlich die Partheien gewollt haben, und unter ihnen abgeredet ist. s)

Nach diesen hier in der Kürze angeführten Gründen, konnte also der Bürge mit seiner exceptio ordinis nicht gehöret werden.

cun. §. 5. Fratr. *Becmannorum* Conf. T. 2. dec. 66. nr. 11.

s) Sicuti enim iurisprudentia, renunciationem generaliſſimam, ad illa beneficia fideiuſſoria excludenda, non vult ſufficientem, ita nec requirit ſpecialiſſimam, ſed vult praeprimis inſpici quod actum. *Mevius* part. 9. dec. 186. *Hering* de fideiuſſ. cap. 17. n. 45. Strube rechtl. Bedenk. Th. 1. Bed. 40.

248. Meditation.

Die Entgegenhandlung eines einem Vergleiche angehängten Bedings, hebt nicht gleich den Vergleich auf.

§. 1.

Bey dem, in der vorhergehenden Meditation angeführten Falle, war in dem Instrument folgende Klausel enthalten: daß so wenig beide Theile, als die bei diesem Vergleiche gegenwärtigen Personen gegen jemand von dem verglichnen Quantum etwas erwähnen sollten.

Aus dieser Klausel nahm der Beklagte einen Grund her, auf die Annullation des Vergleichs zu bestehen, und sich von der Bezahlung der verglichnen Summe los zu machen. Er behauptete nämlich, daß der Kläger dieser Bedingung zuwider gehandelt, indem er den Vergleich ausgebracht, und ihn dadurch in viele Verdrießlichkeiten gestürzet habe.

§. 2. Allein es konnte hier auf die Einrede nicht geachtet werden. Denn wenn es

gleich

gleich wahr ist, daß ein jeder Kontrakt durch die Nichterfüllung der demselben angehängten Bedingung wieder aufgehoben werden könne: so leidet doch dieser Satz noch viele Einschränkungen, und konnte auch in dem gegenwärtigen Falle keine Anwendung finden. Es war hier noch nicht einmal erwiesen, daß der Kläger wider obige Bedingung gehandelt habe, und wenn das auch hätte erwiesen werden können, so konnte solches um deswegen doch von keiner Wirkung seyn, weil sämmtliche Kontrahenten, sich zwar ein wechselseitiges Stillschweigen auferlegt, jedoch auf den Bruch desselben, die Aufhebung des Vergleichs nicht gesetzt hatten. h)

---

249. Meditation.

Durch die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, wenn sie als eine Intervention angebracht wird, wird nicht immer die Hauptsache sistiret.

§. 1.

In dem, in den vorigen beiden Meditationen erzählten Rechtsstreite, da sich nämlich

h) *Wernher* Tom. 1. part. 3. obs. 173. *Leyser* spec. 46. med. 5.

lich der Hauptschuldner als Intervenient in dem Prozeß mischte, und zur Begründung derselben die Wiedereinsetzung in vorigen Stand wegen seines minderjährigen Alters, dem Gläubiger entgegensetzte, kam ferner noch die Frage vor, ob durch diese Intervention die Hauptsache sistiret, mithin der Gläubiger den Bürgen fahren lassen, und sich an den Hauptschuldner halten müsse?

§. 2. Zur Begründung einer Haupt-Intervention wird bekannten Rechten nach immer ein präjudicial Punkt erfordert, und diesen setzte der Hauptschuldner in die Wiedereinsezzung in vorigen Stand. Allein mit Recht wurde der Intervenient, durch das in dieser Sache gesprochene Urtheil mit dieser seiner Intervention ab — und zur besondern Ausführung verwiesen.

§. 3. Der Intervenient behauptete, daß von der Erörterung der Frage: ob die Wiedereinsetzung in vorigen Stand ihm, und dem Bürgen zu Statten komme? die Entscheidung mit abhange, ob der unter ihnen getroffne Vergleich zu Recht beständig sey, oder nicht. Fände sich letzteres, so folge auch daraus, daß nach aufgehobner Hauptverbindlichkeit, das Accessorium derselben, die Bürgschaft wegfallen müsse. i)

§. 4.

i) *L.* 45. *ff. de solut.* In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur

§. 4. Allein ohne uns über die Frage auszulassen: in wie weit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem Bürgen zu Statten komme? k) konnte doch in gegenwärtiger Sache, die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, nicht die Wirkung nach sich ziehen, daß durch dieselbe die Hauptsache sistiret werde.

§. 5. Es war hier von dem Gläubiger wider den Bürgen aus dem Instrument executivisch geklagt. Die Natur des executiv Prozesses bringt es schon mit sich, daß keine als gleich erweislich zu machende und klare Einreden zugelassen werden, und ist dieses, so konnte auch der Intervenient, durch die dem Gläubiger entgegengesetzte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die Natur des executiv Prozesses nicht ändern, indem er den Prozeß nicht so annehmen konnte, als er zwischen den Hauptpartheien geführet wurde. l)

§. 6. Sodann war hier gar noch nicht ausgemacht, ob die Wiedereinsetzung in vorigen Stand

tur, puta adpromissores, hypothecae, pignora etc.

k) Es ist diese Frage in der Meditat. 221. 222. 223. ausführlich abgehandelt.

l) Ludovici Einleitung zum civil Proz. Kap. 3. §. 7. Knorre Einleit. zum Prozeß, Buch 2. Hauptst. 1. §. 2.

Stand auch in gegenwärtigem Falle, dem Bürgen nütze. Sobald aber nur der geringste Zweifel eintritt, ob die Intervention Statt finde oder nicht, muß der Intervenient damit zur besondern Ausführung verwiesen werden. m) Und so konnte endlich die Regel: daß nach aufgehobner Hauptverbindlichkeit das Accessorium wegfalle, nichts bewirken, weil durch die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, die Hauptverbindlichkeit nicht aufgehoben wird, sondern nur die Person des Minderjährigen außer Verbindlichkeit bleibt.

---

250. Meditation.

Der Bestohlne hat keine stillschweigende Hypothek an den Gütern des Diebes.

§. 1.

Titius hatte mittelst gewaltsamen Einbruchs dem Kajus 50 Rthlr. baares Geld gestohlen, solches Geld aber vor seiner Einziehung

m) Iniquitas maxima foret ob dubiam interventionem tertiam iustam petitionem differri. *Mevius* part. 8. dec. 416. n. 5. *Lynker* resp. vol. 2. resp. 19. n. 2. 3. *Gail* part. 1. obs. 70. n. 20. *Wernher* P. 3. obs. 179.

hung ausgegeben. Es meldeten sich darauf mehrere Gläubiger, so daß endlich des Titius Güter sämmtlich verkauft wurden, und ein förmlicher Konkurs wieder ihn erkannt werden mußte. Hier nun entstand die Frage: ob nicht dem Kajus in Ansehung des gestohlnen Geldes eine stillschweigende Hypothek an den Gütern des Diebes zustehe, er daher den chirographarischen Gläubigern nicht vorgezogen werden müßte?

§. 2. Ob nun zwar verschiedne Rechtsgelehrte n) dem Bestohlnen eine stillschweigende Hypothek zuschreiben wollen: so wurde doch hier mit Recht der Kajus den chirographarischen Gläubigern nachgesetzt, und ihm eine stillschweigende Hypothek abgesprochen. o) Denn

es

n) *Carpzov* pract. crim. part. 2. qu. 80. n. 119. *Idem* part. 4. const. 39. def. 10. *Negusantius* de pign. membr. 4. part. 2. n. 124. *Schilter* ex. 24. §. 49.

o) *Seryk* U. M. Tit. de cond. furt. §. 9. et tit. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contr. §. 19. *Böhmer* ad Carpzov qu. 80. obs. 11. *Wernher* part. 1. obs. 288. *Koch* Inst. iurispr. crim. lib. 2. cap. 3. §. 218. *Harprecht* de pign. tacit. dubio vel spurio. *Winkler* de patrimonio furis iuste distribuendo. Quistorp. Abh. von der Bestimmung des Vorzugs in den Fällen, da das Vermögen eines Angeschuldigten nicht hinreicht, allen denen Befriedigung zu verschaffen, die daran Anspruch haben.

es giebt kein Gesetz, worin dem Bestohlnen in Absicht der gestohlnen Sachen ein Vorzugsrecht ertheilet wird, und da das nicht ist, so dürfen wir auch ohne Gesetz keine neue und den Gesetzen unbekannte Hypothek einführen.

Zwar scheinet es unbillig zu seyn, daß der Bestohlne dem Seinigen nachsehen, und leer ausgehen müsse. Allein eben diese Unbilligkeit, würde die übrigen Gläubiger eben so gut treffen, und zwar unverdienter und unrechtmäßiger Weise, da sie durch den Diebstahl, folglich durch die Handlung des Diebes als ihres Gläubigers, an ihrem Rechte verkürzt würden werden. Wenn endlich selbst der Fiskus, der doch in vielen Stücken in den Gesetzen begünstiget ist, in Ansehung der fiskalischen Strafen allen Gläubigern nachgesetzt wird: v) wie vielmehr denn nicht der Bestohlne, der gar keine Vorrechte hat.

v) *L.* 17. *ff. de iur. fisc.* In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem oreditoribus post poni.

251. Meditation.

Der Vermiether hat auch an den eingebrachten Sachen des Aftermiethmanns, eine stillschweigende Hypothek.

§. 1.

Zur Sicherheit alles desjenigen, was ein Vermiether vermöge des Miethkontrakts fordern kann, geben die Gesetze q) demselben eine stillschweigende Hypothek, an den eingebrachten Sachen des Miethmanns. Diese Hypothek schreiben wir auch billig dem Vermiether, in dem Falle an den eingebrachten Sachen des Aftermiethmanns zu, wenn der Miethsmann die gemiethete Sache, wiederum an einen andern vermiethet hat. Jedoch geht diese Hypothek nur so weit, so weit der Aftermiethmann seinem Aftervermiether noch in Rückstand ist, und nur auf diejenige Summe, wofür er die Sache wieder vermiethet hat.

§. 2. Hiemit stimmet der größte Theil der Rechtsgelehrten r) überein, und die Gründe dieser

q) L. 2. 4. 6. ff. et. L. 5. C. in quib. cauff pign. tac. contr.

r) *Brunnemann* ad L. fin. C. in quib. cauf. pign.

dieser Meinung sind so stark, daß sie weit die uns entgegenstenden Gründe, aus welchen einige [s]) das Gegentheil haben schließen wollen, überwiegen.

Wenn man nur die Gesetze, worin sich unsre Meinung gründet, ansehen, und damit die dabei gemachten Zweifel und die gegenseitigen Gründe in Erwägung ziehen will; so wird einem jeden die Wahrheit unsrer Behauptung von selbst einleuchten.

§. 3. Sobald einer seine Sache an einen andern vermiethet, so ist, wie wir schon gesagt haben, das Eingebrachte dem Vermiether stillesschweigend verpfändet, ohne daß es eines ausdrücklichen Vertrags bedarf. Eben so scheinet auch zwischen dem Vermiether und Miethsmann der stillesschweigende Vertrag eingegangen zu seyn, daß sowohl das, was der Miethsmann selbst, als auch der Aftermiether einbringt, dem Vermiether verpfändet seyn solle. Wir schließen dieses aus der *L.* 11. *§.* 5. *ff.* de

pign. tac. contr. *Lauterbach* colleg. th. pr. lib. 20. tit. 2. §. 3. *Wege* de loc. cond. cap. 7. n. 174. *Cocceji* J. C. Tit. in quib. caus. pign. tac. contr. qu. 17. et tit. de loc. cond. qu. 7. Westphal vom Pfandrecht. Kap. 5. §. 3.

s) *Walch* intr. in contr. iur. civ. recent. Sect. 2. cap. 5. §. 13.

de pign. act. worin es heißt: *unde si domum conduxeris, et eius partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoratitia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit, solvi ei posse. Et si partem tibi, partem ei solvero tantundem erit dicendum. Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur in quam coenaculum conduxi: non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenerentur. Videtur autem tacite et cum domino aedium convenisse, ut non pactio coenacularii, proficiat domino, sed sua propria.*

§. 4. Noch deutlicher wird unsre Meinung durch die *L. 5. pr. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* bestärkt. Es heißt darin: *Pomponius libro tertio decimo variarum lectionum scribit, si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit invecta a me domino insulae pignori non esse.* Wenn nun nach diesem Gesetze, in dem Falle, dem Vermiether keine stillschweigende Hypothek an den eingebrachten Sachen desjenigen zustehet, dem der Miethsmann eine freie Wohnung in dem gemietheten Hause verstattet hat: so können wir daraus schließen, daß diese Hypothek alsdenn dem Vermiether zustehe, so

bald

bald der Miethsmann die gemiethete Sache, anderweit vermiethet hat.

§. 5. Wenn nun endlich nach der *L.* 24. §. 1. *ff. loc. cond.* t) bei Verpachtung der Landgüter, dem Verpächter eine stilleschweigende Hypothek an den Früchten des Afterpächters zusteht, warum sollen wir denn bei einer Miethe anders urtheilen? Beide Hypotheken, sowohl diejenigen, die dem Verpächter, als die die dem Vermiether zustehen, sind gesetzliche Hypotheken, haben auch einerlei Endzweck zum Grunde. Daher muß denn auch das, was bei der einen Recht ist, bei der andern gleichfalls Recht seyn.

Zwar macht man uns hiebei den Einwurf, daß ausdrücklich in jenem Gesetze gesagt werde, die Sachen des Afterpächters wären dem Verpächter nicht verpfändet. Aber es ist bekannt, daß überhaupt bei Verpachtungen der Landgüter nicht die eingebrachten Sachen, sondern bloß die Früchte unter der stilleschweigenden Hypothek begriffen sind, und daher konnte auch der Verpächter an den erstern gar kein Recht haben.

§. 6.

t) Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

§. 6. Unsrer Meinung steht auch nicht die *L.* 53. *ff. loc. cond.* entgegen, worin es heißt: *qui fideiussor extitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae mancipeps ei colono locavit: reipublicae non tenetur, sed fructus in eadem causa pignoris manent.* Denn fürs erste wird hier von einer Bürgschaft geredet, die für einen Pächter, bei einem solchen, der Namens der Republik deren Güter verpachtet hatte, eingelegt war, und hinzugesetzt, daß der Bürge der Republik nicht verhaftet sey. Eine Bürgschaft kann aber nicht weiter ausgedehnt werden, als sie eingegangen ist. Fürs zweite wird ja noch ausdrücklich in dem Gesetze gesagt, daß nichts, desto weniger die Früchte der Republik selbst verpfändet blieben, wodurch also noch mehr unsre Meinung bestärkt wird.

252. Meditation.

Unter die in ein gemiethetes Haus eingebrachten Sachen, gehören auch Kaufmanns-Waaren, und sind daher solche mit unter der dem Vermiether zustehenden stillesschweigenden Hypothek begriffen.

§. 1.

Wenn ein Kaufmann ein Haus gemiethet hat, und seine Waaren, um damit zu handeln, einbringt: so sind diese sowohl, wie seine andern Geräthschaften, dem Vermiether stillesschweigend verpfändet. u) Wir schließen dieses aus der *L. 34. pr. ff. de pign. et hyp.* wo es heißt: *cum tabernam debitor creditori pignori dedit: quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora di-*

u) *Balduin* de pign. et hyp. cap. 6. *Wege* de loc. cond. cap. 7. n. 161. *Zoesius* ad ff. Tit. in quib. cauf. pign. vel hyp. tac. contr. n. 5. *Hahn* ad Wesenb. eod. tit. n. 1. *Struv.* ex. 26. §. 16.

distraxerit et alias compararverit, easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit: cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit: ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

§. 2. Aus diesem Gesetze erhellet, daß sich das Pfandrecht auf die eingebrachten Waaren allerdings erstrecke, obgleich das Pfandrecht nicht auf jedem einzelnen vorhandnen Waarenstücke haftet. Denn wäre dies, so müßte der Kaufmann aufhören zu handeln, und kein Käufer würde auch alsdenn sicher handeln können. — Man mache uns hiebei nicht den Einwurf: daß ein Kaufmann nicht in der Absicht die Waaren eingebracht habe, daß sie so lange die Miethe dauren, in dem gemietheten Hause bleiben sollten, sondern in der Absicht, um damit zu handeln: daß daher auch keine stillschweigende Hypothek darauf haften könne. x)

§. 3.

x) *L.* 5. *C. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* Si non inducta et illata in fundum, quae pignoris causa teneri placuerat, mancipia fuissent, nec haec specialiter obligata monstrentur, Rector provinciae ea restitui iubebit.

§. 3. Ist es gleich wahr, daß die von einem Kaufmann, in das gemiethete Haus eingebrachten Waaren, nicht die Miethzeit hindurch da bleiben, sondern statt der abgehenden andre angeschaffet werden: so verändert doch dies die Sache nicht. Denn so ist wie die *L.* 13. *pr. ff. de pign. et hyp.* v) lehrt, bei Verpfändung einer Heerde Viehes, nicht bloß das gebohrne junge Vieh, sondern auch das in die Stelle des alten angeschafte Vieh, unter der Hypothek mit begriffen. Und eben so auch bei den Waaren, wo andre, statt der abgehenden, angeschaffet werden.

§. 4.

L. 32. *ff. de pign. et hyp.* Debitor pactus est: ut quaecunque in praedia pignori data inducta, invecta, importata, ibi nata, paratave essent, pignori essent. Eorum praediorum pars sine colonis fuit, eaquo actori suo colenda debitor ita tradidit, adsignatis et servis culturae necessariis: quaeritur an et Stichus villicus: et caeteri servi ad culturam missi et Stichi vicarii obligati essent? Respondit, eos duntaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent. non temporis causa accommodarentur, obligatos.

v) Grege pignori obligata, quae postea nascuntur, tenentur, sed et si, prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

§. 4. Was nun noch die in der (Not. r) angeführten Gesetze betrift, so geben diese der gegenseitigen Meinung 3) gar kein Gewicht. Denn nach der *L.* 5. *C. in quib. cauſ. etc.* waren die Leibeignen in das gemiethete Grundstück gar nicht eingebracht, mithin fand auch kein Pfandrecht an denselben Statt, und es mußte daher die Vermietherin, die sich demohnerachtet derselben bemächtiget hatte, zur Wiederherausgabe derselben angewiesen werden.

In der *L.* 32. *ff. de pig. et hyp.* wird die Frage entschieden: ob der Verwalter, und die andern ihm untergebnen Knechte mit unter das Pfandrecht gehörten? und diese Frage wird bejahend beantwortet, in so fern sie nämlich zum beständigen Gebrauch auf das Gut gesetzt sind. Wenn aber diese Absicht nicht da ist, sondern die Knechte von ungefähr auf dem Gute sind; so sind sie unter der Verpfändung des Guts nicht begriffen.

So wenig entscheiden also beide Gesetze obigen Fall, und daher müssen wir immer dafür halten, daß auch ein eingebrachtes Waaren-Lager, stilleschweigend mit verpfändet sey.

3) *Meyrer* de pign. et hyp. tit. 18. n. 26. *Negusantius* de pign. et hyp. membr. 4. part. 2. n. 153.

253. Meditation.

Das Hausgeräth des Miethmanns ist dem Vermiether stillesschweigend verpfändet.

§. 1.

Wenn nach der *L. 7. §. 1. ff. in quib. cauſ. pign. vel hyp. tac. contr.* a) alle in die Miethe eingebrachten Sachen dem Vermiether stillesschweigend verpfändet sind: so schließen wir daraus, daß auch das Hausgeräth unter der stillesschweigenden Hypothek mit begriffen sey. b) Denn da hier die Gesetze keine Ausnahme machen, da das Hausgeräth von dem Miethsmann in der Absicht in die Miethe eingebracht wird, daß es so lange, wie die Miethe daure, da bleiben soll: so dürfen wir auch keine Ausnahme davon machen.

§. 2.

a) Videndum eſt, ne non omnia illata vel inducta, ſed ea ſola, quae, ut ibi ſint, illata fuerint, pignori ſint? quod magis eſt.

b) *Zoeſius* ad ff. Tit. in quib. cauſ. pign. vel hyp. tac. contr. n. 6. *Hahn* ad Weſenb. eod. tit. n. 1. *Cocceji* J. C. eod. tit. qu. 16. *Struv* ex. 26. §. 16.

§. 2. Verschiedne Rechtsgelehrte c) haben aus dem Grunde, das Hausgeräth von der stillesschweigenden Hypothek ausnehmen wollen, weil dasselbe, bei einer ausdrücklichen allgemeinen Verpfändung, nicht mit unter der Hypothek begriffen ist, d) und selbst bei Verpachtungen eines Land- (Feld-) Guts die Ackergeräthschaften nicht stillesschweigend verpfändet sind. e)

§. 3. Aber wir können hier nicht von dem, was bei einer ausdrücklichen Verpfändung Rechtens ist, auf die dem Vermiether zustehende stillesschweigende Hypothek schließen. Denn ein andrer Grund tritt bei einer ausdrücklichen, ein andrer bei einer stillesschweigenden Hypothek ein. Bei einer ausdrücklichen allgemeinen Verpfändung, hat der Gläubiger an den übrigen sämmtlichen Gütern des Schuldners Sicherheit: allein diese Sicherheit hat der Vermiether nicht, da solche

c) *Brunnemann* ad L. 5. C. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr. n. 2. *Wege* de loc. cond. cap. 7. n. 164.

d) *L.* 6. *ff. de pign. et hyp.* Obligatione generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse; ut puta supellex, item vestis relinquenda est debitori.

e) *L.* 8. *C. quae res pign.* Pignorum gratia aliquid, quod ad culturam agri pertinet, auferri non convenit.

solche sich nur auf die eingebrachten Sachen des Miethmanns erstrecket. Wollte man nun das Hausgeräth ausnehmen, so würde in der That wenig oder nichts übrig bleiben, woran sich der Vermiether erholen könnte.

Und wenn bei Verpachtungen eines Land- (Feld-) Guts die Ackergeräthschaften nicht stillschweigend verpfändet sind: so liegt der Grund davon darin, weil bei denselben überhaupt nicht auf den eingebrachten Sachen, sondern auf den Früchten eine stilleschweigende Hypothek haftet. f)

---

254. Meditation.

Unter dem Auftrage eine Sache zu verkaufen, ist auch der Auftrag, das Geld dafür in Empfang zu nehmen, begriffen.

§. 1.

Titius hatte dem Kajus aufgetragen, seine zu B. liegenden Güter zu verkaufen. Er übernahm diesen Auftrag, verkaufte die Güter, und nahm das dafür gekommene Geld in Empfang. Aber statt dieses Geld dem

f) S. Medit. B. 1. Nr. 35.

dem Titius abzuliefern, ging er heimlich fort, und weil er nichts hinterließ, woran sich der Titius erholen konnte, wollte sich dieser an die Käufer seiner Güter halten, und von denselben die Bezahlung fordern.

§. 2. Bei Entscheidung des, darüber zwischen dem Titius und den Käufern seiner Güter entstandnen Rechtsstreits, kam es hauptsächlich auf die Frage an: ob unter dem Auftrage eine Sache zu verkaufen, auch der Auftrag das dafür gekommene Geld zu heben, begriffen sey? Wir tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen. a) Bei dem Kaufkontrakt ist es überhaupt Rechtens, daß so bald die gekaufte Sache dem Käufer übergeben wird, dieser den einsgewordnen Kaufpreis bezahle. Wenn also der Auftrag eine Sache zu verkaufen, schon von selbst mit sich bringt, die Sache dem Käufer zu übergeben, so fließt aus letzterm, daß derjenige, der für einen andern eine Sache verkauft, auch berechtiget sey, das Geld in Empfang zu nehmen, und daß der Käufer diesen auch sicher bezahlen könne.

§. 3. Wird nun derjenige, der einem andern den Auftrag zu verkaufen gegeben hat, betrogen, so ist das seine eigne Schuld. Denn we-

a) *Mevius* part. 5. dec. 174. *Stryk* U. M. Tit. de fol. §. 2. *Cocceji* Tit. mand. vel contra qu. 11.

weder traute er seinem Mandatarius, oder nicht. Dies letztre anzunehmen wäre ungereimt, weil niemand demjenigen was auftragen wird, dem er nicht trauet. Aber gesetzt, er hätte ihm die Gelder nicht anvertrauen wollen, so hätte er ausdrücklich in die ertheilte Vollmacht setzen müssen, seinem Mandatarius die Gelder nicht auszuzahlen. Die Käufer hatten wenigstens immer Ursache dem abgeschickten Mandatarius alles zuzutrauen, auch keinen Grund an seiner Ehrlichkeit zu zweifeln, da es nicht ihre, sondern des Verkäufers Sorge war zu untersuchen, ob man auch dem Mandatarius sicher Gelder anvertrauen könne.

§. 4. Ueberdem wird diese unsre Meinung nicht undeutlich durch die *L.* 35. *ff. de solut.* bestärkt, als worin es heißt: *quod servus ex peculio suo credidisset, aut deposuisset, id ei sive venisset, sive manumissus esset, recte solvi potest, nisi aliqua causa inciderit, ex qua intelligi possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi. Sed et si quis dominicam pecuniam ab eo foeneratus esset, si permissu domini servus negotium dominicum gessisset, idem iuris est, videtur enim voluntate domini, qui cum servo negotium contraheret, et ab eo accipere, et ei solvere.*

Nach diesen hier in der Kürze angeführten Gründen, wurde daher Titius mit seiner

Klage

Klage wider die Käufer seiner Güter abgewiesen.

§. 5. Die Zweifelsgründe die uns hier entgegenstehen, und aus welchen von einigen Rechtsgelehrten h) die gegenseitige Meinung vertheidiget wird, sind bald zu widerlegen.

Der erste Grund liegt in der *L.* 1. §. 12. *ff. de exerc. act.*, nach welchem derjenige, dem eine Sache zu vermiethen aufgetragen ist, das Miethgeld nicht heben kann. *Igitur praepositio*, heißt es, *certam legem dat contrahentibus: quare si eum praepositi navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet, quod forte ipse locaverat, vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum: aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra modum egressus, non obligabit exercitorem.*

§. 6. Aber nicht einmal zu gedenken, daß zwischen einem Mieth- und Kaufkontrakte der Unterschied sey, daß die Miethgelder nicht eher als nach dem Gebrauch der Sache, Kaufgelder aber gleich bei der Uebergabe der gekauften Sache müssen bezahlet werden; so ist aus den angeführten Worten des Gesetzes schon klar, daß

h) *Romanus* cons. cons. 461. *Sande* dec. Frisiae lib. 3. tit. 16. def. 2.

daß da von einem solchen geredet werde, der bloß dazu bestellet war, eine Sache zu vermiethen, nicht aber die Miethgelder zu heben. Dies lehren die Worte: *vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum.*

§. 7. Der zweite gegenseitige Grund wird aus der *L.* 86. *ff. de solut.* genommen, worin gesagt wird, daß man den, zur Führung eines Rechtsstreits bestellten, Anwald nicht bezahlen könne. *Hoc iure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur.*

Allein welch ein Himmelweiter Unterschied, ist nicht zwischen einem zur Führung eines Rechtsstreits bestellten Anwalde, und zwischen einem solchen, dem eine Sache zu verkaufen aufgetragen ist. Des erstern seine Vollmacht, erstreckt sich nur bloß auf den ihm übertragnen Rechtsstreit; und die Einnahme der etwa eingeklagten Gelder, steht mit jener bestimmten Vollmacht nicht in Verbindung. Ganz anders aber verhält es sich, wie wir schon oben gezeigt haben, mit einem solchen, der eine Sache verkaufen soll.

255. Meditation.

Wer einem Bothen ohne besondre Vollmacht des Gläubigers seine Schuld bezahlet, der wird dadurch von seiner Schuld nicht befreiet.

§. 1.

Titius hatte an dem Kajus an baar vorgeschoßnem Gelde 30 Rthlr. und aus einer Waaren-Rechnung 80 Rthlr. zu fordern.

Er schickte einen Bothen an den Kajus, welcher einige Meilen von ihm wohnte, erinnerte denselben in seinem Schreiben an die Bezahlung beider Posten, und fügte hinzu, daß er dem Bothen, den über die 30 Rthlr. ausgestellten Schein mitgegeben habe, um solchen gegen Empfang der Gelder ihm auszuliefern. Kajus zahlte darauf dem Bothen nicht bloß die 30 Rthlr., sondern auch die 80 Rthlr., gegen Ausstellung einer Quitung aus. Weil aber der Bothe die Gelder nicht überbracht hatte, sondern heimlich fortgegangen war, entstand die Frage: ob Kajus dadurch von seiner Schuld befreiet sey?

Daß Kajus dem Bothen die 30 Rthlr. ganz sicher und ohne Bedenken auszahlen konnte, leidet keinen Zweifel. Denn Titius hatte dem Bothen den darüber ausgestellten Handschein mitgegeben, und in seinem Briefe bemerkt, daß er diesen Schein, gegen Empfang der Gelder, ihm ausliefern sollte. Der Wille des Gläubigers war also in diesem Falle deutlich genug.

§. 3. Aber ganz anders verhält es sich mit den 80 Rthlr. Titius hatte zwar den Kajus an die Bezahlung derselben erinnert aber in seinem Schreiben den Bothen zum Empfang derselben nicht bevollmächtiget, mithin handelte der Kajus wider den Willen und die Vollmacht seines Gläubigers, wenn er diese Gelder zugleich dem Bothen mit auszahlte. — Man kann dagegen nicht einwenden, daß unter der Vollmacht die 30 Rthlr. zu heben, die Vollmacht die 80 Rthlr. in Empfang zu nehmen, begriffen sey, und daß der Titius dadurch, daß er dem Bothen die 30 Rthlr. anvertrauet, auch die 80 Rthlr. anvertrauet habe. Denn es folgt nicht, daß ich demjenigen, dem ich eine kleine Summe anvertraue, auch eine größre anvertraue. Zudem ist jede Vollmacht einschränkend zu erklären, i) und nicht bloß der Man-

i) *L. 5. pr. ff. mandat. vel contr.* Diligenter fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit aliud quid facere videtur.

Mandatarius, sondern auch derjenige, mit dem ein Geschäft geschlossen wird, sind an die genaue Beachtung der vorgeschriebenen Form desselben gebunden. Hier aber war der Wille des Gläubigers klar genug, und Kajus war schuldig, da er nur bloß an die Bezahlung erinnert war, sich darnach zu achten, nicht aber die Gelder selbst dem Bothen auszubezahlen. Denn so ist eines Theils bekannten Rechtens, daß derjenige, der wider Willen, oder ohne Wissen des Gläubigers, einen andern bezahlet, dadurch von seiner Verbindlichkeit nicht entlediget werde; [k]) andern Theils ist selbst in ähnlichen Fällen obige Frage durch die Rechte so entschieden worden. [l]) — Nach diesem Grunde wurde also der Kajus zur Bezahlung der 80 Rthlr. verurtheilet. [m])

k) *L.* 12. *C. de solut.* Invito vel ignorante creditore qui solvit alii, se non liberat obligatione.

l) *L.* 12. *§.* 1. *ff. commod. vel contr.* Commodatam rem missus qui repeteret, cum recepisset, aufugit, si dominus ei dari insserat, domino perit, si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei, qui commodatus est.

m) *Stryk* caut contr. Sect. 2. cap. 11. §. 20. *Böhmer* cons. et resp. Tom. 2. part. 2. resp. 1109. n. 32. *Hommel* Rhaps. obs. 113. n. 3.

256. Meditation.

Der Testirer braucht keine fünf Zeugen dazu, wenn er dem Vermächtnißnehmer, das hinterlaßne Vermächtniß wieder nehmen will.

§. 1.

Ein sonst zu Recht beständiges Vermächtniß kann dem Vermächtnißnehmer, so bald es dem Testirer gefält, wieder genommen werden. Die Wahrheit dieses Satzes ist an und für sich selbst keinem Zweifel unterworfen, nur darüber wird gestritten; ob der Testirer, falls er auf eine gültige Art das Vermächtniß wieder aufheben wolle, fünf Zeugen zuziehen müsse?

Sollen wir diese Frage nach dem wahren Sinn der Gesetze beantworten: so müssen wir ein jedes Vermächtniß für ungültig erkennen, so bald der Wille des Testirer, daß er das Vermächtniß wieder habe aufheben wollen, klar ist, und brauchen mithin keine fünf Zeugen dazu zu erfordern. Viele Rechtsgelehrte n) he-

gen

n) *Wesenbec* ad ff. Tit. de adim. vel transf. leg. n. 3. *Stryk* U. M. eod. tit. §. 1. et

in

gen eben diese Meinung, obgleich andre o) davon abweichen.

§. 2. Es ist bekannt, daß ein Vermächtniß auf verschiedne Art einem genommen werden könne, und daß dazu der bloße Wille des Testirers, so bald er nur gehörig erwiesen werden kann, hinreichend sey; p) ja daß selbst durch solche Handlungen, woraus jener Wille geschlossen werden kann, das Vermächtniß aufgehoben werde.

in caut. testam, cap. 23. §. 30. *Cocceji* J. C. Tit. de adim. vel transf. leg. qu. 1. *Crell* ad L. 3, §. 11. ff. de adim. vel transf. leg. *Wernher* part. 1. obs. 300 et in supplem. ad eand. observ. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 216. Eisenhards Erzähl. von besondern Rechtshändeln, Th. 8. Nr. 5. S. 127. Höpfners Comment. über die Heinec. Inst. §. 589. S. 548.

o) *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 31. *Struv* ex. 35. §. 81. *Hahn* ad Wesenb. Tit. de adim. vel transf. leg. n. 3. *Philippi* usus pract. inst. lib. 2. ecl. 94. *Berger* oecon. iur. lib. 2. Tit. 4. §. 30. *Lauterbach* Coll. th. pr. Tit. de adim. leg. §. 5.

p) *L. 3. §. f. ff. de adim. vel transf. leg.* Non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate. *Conf.* L. 18. ff. de leg. 3. L. 9. ff. de his quae ut indig. L. 27. C. de fideic.

werde. q) Geben wir dieses zu, so müssen wir auch eine jede Aufhebung eines Vermächtnisses als gültig erkennen, sobald dieselbe erwiesen werden kann. Und um diesen Beweis zu führen, falls der Testirer das Vermächtniß mündlich genommen haben sollte, sind so wie zu jedem andern Beweise drei Zeugen hinreichend. Denn hätte hier der Gesetzgeber von der in der *L.* 12. *ff. te testib.* r) enthaltnen Verordnung abweichen wollen, nach welcher, wenn keine bestimmte Anzahl Zeugen ausgedrückt werden, zwei Zeugen zu einem vollen Beweise hinreichend sind; so würde er gewiß durch ein besonders Gesetz in diesem Falle eine Ausnahme von jener Regel gemacht haben.

§. 3. Die Gründe die etwa unsrer Meinung entgegen zu stehen scheinen, widerstreiten in der That derselben nicht. — Der Einwurf den man uns gegen unsre Behauptung macht, liegt in der *L.* 14. *§.* 1. *ff. de adim. vel transf. leg.* worin es heißt: *quibus ex causis datio legati inutilis est, ex iisdem ademtio inefficax habetur, veluti si viam pro parte adimas, aut pro parte liberum esse*

q) L. 24. §. 1. ff. de adim. vel transf. leg.
r) Ubi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficient, pluralis enim elocutio, duorum numero contenta est.

esse vetas. Hieraus leitet man den Schluß her, daß so wie zur Constitution eines Vermächtnisses fünf Zeugen erfordert würden, so auch zur Ademtion desselben fünf Zeugen zugezogen werden müßten.

§. 4. Allein dieses Argument passet hier ganz und gar nicht. Denn die Gesetze sagen, wie wir im vorigen §. angeführt haben, ausdrücklich, daß durch den bloßen Willen des Testirers, ein Vermächtniß aufgehoben werden könne. Es würde also daraus folgen, daß eben so ein Vermächtniß könne hinterlassen werden. Denn lassen sich auch noch jene Worte des Gesetzes nicht einmal auf unsern Fall anwenden. Zur Erläuterung dieses, wollen wir den darin enthaltnen Fall, näher zergliedern. Es ist ein bekannter rechtlicher Grundsatz, daß die Dienstbarkeit des Weges, weder zum Theil vermacht, noch zum Theil genommen werden könne, und wenn solches geschehen, so wenig das Vermächtniß, als die Ademtion desselben bestehe. s)

Wir wollen also hier den Fall annehmen, daß der Testirer einem die Gerechtigkeit des Weges vermacht, hernach aber dem Vermächtnißnehmer einen Theil des Weges wieder genommen habe, in diesem Falle würde die Ademtion nach obiger Regel ungültig seyn.

§. 5.

s) L. 11. ff. de servit.

§. 5. So kann man auch hier sich nicht auf die Regel: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidve dissolvere, quo colligatum est;* t) berufen, da diese Regel nicht nur viele Ausnahmen hat, sondern auch, wie aus den Schlußworten derselben: *ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*, erhellet, passet dieselbe nur auf Obligationen, nicht aber auf lezte Willensmeinungen, und leidet nie eine Anwendung, wenn, wie wir oben gezeigt haben, die Gesetze bei der Constitution andre Vorschriften, als bei der Dissolution einer Handlung gegeben haben.

§. 6. Wie wenig erheblich diese Gründe sind, siehet ein jeder leicht; allein da es immer besser ist, den sichersten Weg zu wählen: so fließt hieraus für einen jeden die Kautel, daß er lieber, falls er ein Vermächtniß wieder aufheben will, fünf Zeugen zuziehe, denn auf diese Art ist er doch versichert, daß nicht nur sein Wille werde erfüllet, sondern auch seine Erben vor vielen Streitigkeiten gesichert werden.

t) L. 35. ff. de reg. iur.

257. Meditation.

Ein von einem Notarius, über die von ihm unternommene Besitzergreifung, errichtetes Instrument, hat keinen Glauben, wenn keine Zeugen zugezogen sind.

§. 1.

Cajus hatte in einer gewissen Erbschafts-Sache von den Gütern des Erblassers durch einen Notarius Besitz nehmen, und sich ein Instrument geben lassen. Bei dieser Besitz-Ergreifung waren von dem Notarius keine Zeugen zugezogen, und das Instrument von demselben bloß allein unterschrieben.

Es entstand daher die Frage: ob durch ein solches Instrument die Besitz-Ergreifung erwiesen werden könne?

§. 2. Der Grund der dafür eintrat, und aus welchem ein solches Instrument allen Glauben zu verdienen schien, war dieser: weil der Regel nach ein Notarius so vielen Glauben hat, als sonst zwei Zeugen. u) — Aber so wird so-

u) *Mevius* part. 3. dec. 171. n. 3.

sowohl nach dem römischen Rechte, x) als nach den Reichsgesetzen y) die Zuziehung der Zeugen zum wesentlichen Stücke eines Notariats-Instruments erfordert. So bald es also an diesem wesentlichen Stücke fehlet, kann das Instrument eines Notarius nichts mehr, als eine andre privat Schrift beweisen. Da also ein Notarius schuldig ist, zu allen von ihm außergerichtlich unternommenen Handlungen, Zeugen zuzuziehen; z) so folgt auch, daß die unterlaßne Zuziehung der Zeugen, der Glaubwürdigkeit eines Instruments immer entgegen stehe.

x) *Nov.* 73. *cap.* 5. Sed et si instrumenta publice confecta sint: licet tabellionum habeant supplementum, adjiciatur et eis antequam compleantur (sicut dictum est) testium ex scripto praesentia.

y) Not. Ord. Tit. 1. §. 3. — Denn der Inhalt beschehener Handlungen, zu dem die Zeugen dazu genommen, deren aller Namen und Zunamen klärlich beschrieben.

z) *Cothmann* vol. 2. resp. 68. n. 69. *Mevius* part. 2. dec. 155. n. 3. Strube rechtl. Bedenk. Th. 5. Bed. 102.

258.

258. Meditation.

Die Einrede der Verjährung, kann von dem Richter suppliret werden, wenn dieselbe aus den Acten klar ist.

§. 1.

Wie weit der Richter befugt sey, das, was entweder Rechtens ist, oder facta anbetrift, in dem Falle zu suppliren, wenn die Partheien sich in den Acten darauf nicht bezogen haben? darüber lassen sich im Allgemeinen folgende Regeln angeben. Der Richter muß nämlich suppliren 1) alles dasjenige, aus dessen Unterlassung eine Nichtigkeit entstehet, und 2) so auch dasjenige, was aus dem vorgetragenen Faktum nach Vorschrift der Gesetze fließt, es mag nun solches die Klage, oder die Einrede betreffen. a) Niemand hat auch ja diese dem Richter selbst in den Gesetzen b) gegebne Macht

a) *Zaunschliffer* de officio iudicis suppletorio.

b) *L. un. C. ut quae def. advoc. part. iud. suppl.* Non dubitandum est, iudicem, si quid a litigatoribus, vel ab his, quae ne-

Macht abgesprochen, nur über einige Fälle, wo er dieses Recht ausüben kann, sind die Rechtsgelehrten nicht einerlei Meinung. Zu diesen streitigen Fällen, gehöret auch die Frage: ob der Richter die Einrede der Verjährung, wenn solche von den Partheien nicht eingewandt, aber aus den Acten klar ist, suppliren könne. c)

§. 2. Die Gesetze d) verordnen, daß, wenn einmal eine Klage verjährt ist, selbige auch nicht an-

negotiis adsistant, minus fuerit dictum, id supplere, et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire.

c) Diese Frage bejahen *Mynsinger* cent. 3. obs. 28. *Zanger* de except. part. 3. cap. 26, n. 20. *Carpzov* part. 1. const. 25. def. 1. *Mevius* part. 7. dec. 182. *Wernher* Tom. 1. part. 1. obs. 294. et Tom. 3. part. 1. obs. 94. Strube rechtl. Bedenk. Th. 4. Bed. 73. S. 183. *J. H. Böhmer* de iudice procedente ex officio in causa civ. cap. 4. §. 12. Hingegen verneinen solche *Hommel* Rhapsod. obs. 277. Dorf Samml. auserl. juristische Abhandlung. Nr. 4.

d) *L.* 3. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* — quae ergo antea non motae sunt actiones 30 annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperant, vivendi ulterius non habeant facultatem. — Post hanc vero temporis definitionem, nulli movendi ulterius facultatem patere censemus,

angeſtellet werden könne. Dieſe Vorſchrift iſt daher auch jeder Richter zu befolgen ſchuldig, er würde das aber nicht thun, wenn er eine Klage, die ſchon verjähret iſt, auf den Fall zulaſſen, und darnach erkennen wollte, wenn die Einrede der Verjährung derſelben von dem Beklagten nicht entgegengeſetzt wäre, ſelbige aber doch aus den Acten erhellte.

§. 3. Man wendet uns zwar ein, daß durch die Verjährung eine Klage nicht ipſo iure, ſondern ope exceptionis aufgehoben werde, c) und daß daher, wenn der Beklagte ſich jener Einrede nicht bediente, die Klage für erloſchen nicht geachtet werden könne.

Aber ohne uns auf die Frage einzulaſſen: ob eine Klage durch die Verjährung ipſo iure, oder ope exceptionis aufgehoben werde? iſt es

mus, etiam ſi ſe legis ignorantia excuſare tentaverit. *Conf.* L. un. §. 1. C. de annual. except.

c) *L.* 11. *C. de praeſcr. long. temp.* Super longi temporis praeſcriptione, quae ex decem vel viginti annis introducitur, perſpicuo iure ſancimus, ut ſive ex donatione. ſive ex alia lucrativa cauſa bona fide quis per decem vel viginti annos rem detinuiſſe probetur, adiecto ſcilicet tempore etiam prioris poſſeſſoris: nemorata longi temporis exceptio ſine dubio ei competat, nec occaſione lucrativae cauſae repellatur.

es genug zur Widerlegung jenes Einwurfs zu bemerken, daß hier kein Unterschied darunter sey, ob eine Klage ipso iure oder ope exceptionis aufgehoben werde, f) weil in beiden Fällen doch dem Kläger keine Klage mehr zusteht.

§. 4. Wenn nun ferner sonst die Regel ist: daß alle und jede Einreden von dem Beklagten entgegengesetzt werden müssen, und der Richter solche nicht suppliren könne: so leidet diese Regel doch alsdenn ihre Ausnahme, wenn dem Kläger überhaupt keine Klage mehr zusteht. Denn da keiner eine Klage anstellen kann, wozu er entweder überhapt nicht, oder jetzt nicht mehr berechtiget ist; so hat der Richter allerdings auch die Macht, einen solchen Kläger mit seiner Klage abzuweisen.

§. 5. Aber wird dadurch dem Kläger nicht das Recht benommen, auf die Einrede der Verjährung zu antworten, und solche gehörig zu heben? Denn gesetzt, die Verjährung wäre interrumpiret, und fände also nicht mehr Statt? — Allein dem Kläger kann es überhaupt nicht nachtheilig seyn, da er ja nicht schlechterdings mit seiner Klage abgewiesen wird, sondern nur auf den Fall, wenn er nicht zeigen kann, daß die Verjährung nicht Statt finde.

f) *L.* 112. *ff. de reg. iur.* Nihil interest, ipso iure actionem quis non habeat, an per exceptionem infirmetur.

259. Meditation.

Eine Schenkung kann aus keinen andern Ursachen, als die in der *L. fin. C. de revoc. donat.* enthalten sind, widerrufen werden.

§. 1.

In der *L. f. C. de rev. don.* rechnet Justinian die Undankbarkeit des Beschenkten gegen den Schenker, zu den Ursachen, weswegen eine sonst gültige Schenkung kann widerrufen werden. Er bestimmt aber auch dabei die verschiedenen Arten, durch welche sich der Beschenkte einer Undankbarkeit schuldig machen kann, und setzt davon folgende fünf Arten fest: als grobe Injurien; wenn der Beschenkte Hand an den Schenker legt; wenn er ihm großen Schaden an seinem Vermögen zufügt; wenn er ihm nach dem Leben gestanden; wenn er die der Schenkung beigefügte Bedingung nicht erfüllet hat.

§. 2. Sind aber dies die einzigen Ursachen, weswegen eine Schenkung wegen Undankbarkeit wieder aufgehoben werden kann? oder kann dieselbe nicht wegen andere, als den an=

angeführten Ursachen, aufgehoben werden? Dies sind Fragen, worüber die Rechtsgelehrten nicht einerlei Meinung sind; indem einige g) nur bloß bei den von Justinian angeführten Ursachen stehen bleiben; andre h) aber noch andre Ursachen zulassen. Wir haben am andern Orte i) behauptet, daß Eltern ihre Kinder, aus keinen andern, als in der Nov. 115. Kap. 3. und 4. enthaltnen Ursachen enterben können, und wir glauben, daß wir auch in diesem Falle mit Grund behaupten können, daß eine Schenkung, aus keinen andern, als in dem angeführten Gesetze enthaltnen Ursachen, wieder aufgehoben, und nur, wie auch Höpfner a. a. O. annimt, in dem Falle die gegenseitige Meinung angenommen werden könne: wenn sich ein Factum unter

g) *Carpzov* part. 2. const. 12. def. 31. *Stryk* U. M. Tit. de donat. §. 16. *Coccęji* J. C. eod. tit. qu. 10. *Böhmer* intr. in ius dig. cod. tit. §. 24. et in conf. et resp. Tom. 2. resp. 912. §. 13. Höpfners Comment. über die Heinec. Institut. §. 412. S. 368.

h) *Comez* var. res. Tom. 2. cap. 4. n. 14. *Jul. Clarus* recept. sent. §. donat. qu. 21. n. 2. *Menoch* de arb. iud. qu. lib. 2. cent. 2. obs. 130. n. 2. *Schilter* ex. 39. §. 20. *Struv* ex. 40. §. 15. *Walch* contr. iur. civ. recent. Sect. 3. cap. 3. membr. 1. §, 13.

i) Med. 54.

ter eine der bestimten Ursachen klassificiren läßt: z. B. wenn der Beschenkte die Tochter des Schenkers schwängert, mit dessen Frau Ehebruch treibt, da dieses eine Art von Injurie ist.

§. 3. Stellen wir uns die Absicht des Gesetzgebers bei jenem Gesetze überhaupt vor, so kann uns auch nicht unbekannt bleiben, daß solche darin bestanden habe, gewisse Ursachen, weswegen eine an sich gültige Schenkung kann widerrufen werden, festzusetzen, und dadurch alle andre Ursachen auszuschließen. — Wir schließen dieses nicht bloß aus den Worten des §. 2. *I. de donat.* wo Justinian sagt, daß wegen gewisser Ursachen eine Schenkung könne aufgehoben werden; sondern selbst aus der *L. f. C. de revoc. donat.* wo es heißt: *ex his enim tantummodo causis, si fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus.* Hätte Justinian hier noch andre Ursachen zulassen wollen; wäre seine Absicht nicht gewesen allen Streitigkeiten dadurch vorzubeugen, daß er gewisse Ursachen zur Widerrufung einer Schenkung festsetzte, was hätte er denn nöthig gehabt, einige Ursachen anzugeben, und endlich noch hinzuzusetzen, daß nur bloß diese Ursachen, eine Schenkung zu widerrufen, gegründet seyn sollten.

§. 4. Ueberhaupt aber muß es jedem bekannt seyn, daß der Rechtsgelehrsamkeit nichts nach-

nachtheiliger sey, nichts mehr eine größere Ungewißheit in dieser Wissenschaft erzeuge, als wenn keine gewisse und bestimmte Grundsätze, wornach die vorfallenden Streitigkeiten entschieden werden müssen, da sind. Würde aber hier in diesem Falle nicht alles das erfolgen; würden nicht tausend Ursachen oft Anlaß geben, Streitigkeiten zu erregen, deren Ende eben so ungewiß als deren Entscheidung seyn müßte?

Schon aus diesem Gesichts-Punkte betrachtet, verdient unsre Meinung den Vorzug; und legen wir dies zum Grunde, bleiben wir bloß bei den Worten der Gesetze: so werden uns alle Gründe der Gegner nicht irre machen können.

§. 5. Die Gegner glauben in verschiednen Gesetzen Beispiele anzutreffen, da die Widerrufung einer Schenkung auch aus solchen Ursachen, die nicht unter jenen in (§. 1.) angeführten begriffen sind, verstattet werde. — So beruft man sich auf die *L.* 6. *§.* 1. *ff. de agn. vel alend. lib.* die folgendes enthält: *cum probatum sit, contumeliis patronos a libertis esse violatos, vel illata manu atroci esse pulsatos, aut etiam paupertate, vel valetudine corporis laborantes relictos: primum eos in potestatem patronorum redigi, et ministerium dominis praeberi cogi.*

§. 6.

§. 6. Dies Gesetz, wie jeder leicht einsieht, redet von einem Freigelaßnen, der seinem Patron, der in dürftigen Umständen sich befindet, den Lebens-Unterhalt versagt, nicht aber von dem Beschenkten. Der Schluß also, den man von jenem auf diesen machen will, stoßt gegen alle Regeln eines richtigen Schlußes an, da man bei ganz von einander verschiednen Sachen, nicht von der einen, auf die andre schließen kann.

Der Unterschied aber, der hier zwischen einem Freigelaßnen und Beschenkten sich befindet, ist offenbar. Ein Freigelaßner steht gegen seinen Patron in der größten Verbindlichkeit, da er demselben die größte Wohlthat, nämlich die erhaltne Freiheit, zu danken hat. Das alles aber fällt bei demjenigen, dem etwas geschenkt ist, weg. Mit Recht wollen also auch die Gesetze den Freigelaßnen weit stärker verbinden, seine Treue und Dienste auf alle Art seinem Patron zu erkennen zu geben.

§. 7. Eben das läßt sich auch auf den Einwurf, den man aus der *L.* 8. *ff. de decur.* hernimmt, antworten. — Es redet dieses Gesetz, wie der Augenschein lehrt, von den Decurionen, und verordnet: daß, wenn ein Decurion unvermögend geworden, es erlaubt sey, ihm Unterhalt zu geben. [f]) Ohne einmal hier an-

f) Decurionibus facultatibus lapsis alimenta decerni permissum est.

anzuführen, daß es in diesem Gesetze nicht als eine Nothwendigkeit angesehen werde, arme Dekurionen zu ernähren: so kann man doch nicht von jenem, den Dekurionen gegebnen Privilegium, auf andre Personen schließen, da es bekannt ist, daß Privilegien, als Ausnahmen von den Gesetzen, nicht von einem Falle auf den andern ausgedehnt werden können. l)

§. 8. So erweiset auch endlich das gegenseitige Argument, welches man aus der *L.* 4. *ff. de agn. vel alend. liber.* m) hernimmt, hier nichts. Denn es muß uns erst von der Gegenseite bewiesen werden, daß der Beschenkte schuldig sey, den Schenker, wenn er arm geworden ist, zu ernähren. Aber wir wollen es zugeben, daß der, dem etwas geschenket ist, dazu könnte gezwungen werden; würde denn, falls er es demungeachtet nicht thäte, die Schenkung können widerrufen werden? Sind Kinder nicht auf gleiche Weise zur Ernährung ihrer armen Eltern verbunden? können aber Eltern ihre Kinder aus dem Grunde enterben, wenn diese sich weigern, ihnen Unterhalt zu verschaffen? das wird wohl keiner behaupten können. Müssen wir gleich zugeben, daß der Beschenkte seinen

l) §. 6. I. de iur: nat. gent. et civ. L. 16. ff. de legib. L. 141. ff. de reg. iur.

m) Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abjicit, et qui alimenta denegat.

seinen Pflichten zuwider handle, wenn er denjenigen, von dem er Wohlthaten genossen hat, in seiner Dürftigkeit verläßt: so könnnen wir doch das nicht, als eine in den Gesetzen gegründete, Ursache der Widerrufung einer Schenkung gelten lassen, da Justinian selbige dazu nicht gerechnet hat.

---

260. Meditation.

Wenn der Testirer einem ein Vermächtniß hinterlassen hat, hernach aber einem andern, ein und eben dieselbe Sache, mit Beziehung auf das erste Vermächtniß vermachet; so ist das erste Vermächtniß dadurch aufgehoben.

§. 1.

In einem gewissen Testamente hatte der Testirer sich folgender Klausel bedient: meinen Garten, welchen ich dem Titius vermacht habe, vermache ich dem Kajus.

Kajus machte Anspruch auf den ganzen Garten; Titius hingegen behauptete, daß ihm durch obige Worte das Legat nicht völlig ge-

genommen, sondern daß vielmehr ihnen beiden der Garten zu gleichen Theilen vermacht sey, und daß sie hier als re coniuncti anzusehen wären.

§. 2. Bei dieser streitigen Frage geben wir billig derjenigen Meinung den Vorzug, nach welcher durch eine solche Klausel das erste Vermächtniß völlig wieder aufgehoben wird, n) da selbige die deutlichsten Gesetze unterstützen. Wir brauchen, ohne noch vieles davon zu sagen, nur jene Gesetze o) anzuführen, so werden von selbst alle gegenseitige Gründe zerfallen.

Die Worte dieser Gesetze sind so deutlich, und entscheiden den obigen Fall so genau, daß selbst

n) *Fachineus* contr. iur. lib. 5. cap. 52. *Menoch* de praesunt. part. 2. lib. 4. praes. 173. n. 9. *Cocceji* J. C. Tit. de adim. leg. qu. 6.

o) §. 1. *I. de ademt. leg.* Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit: hominem Stichum quem Titio legavi, Sejo do, lego, sive eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit, quo casu simul et Titio adimi videtur et Sejo dari.

L. 5. *ff. de adim. leg.* Sicut adimi legatum potest, ita quoque transferri, veluti hoc modo: quod Titio legavi, id Sejo do lego, quae res in personam Titii tacitam ademtionem continet.

selbst die Gegner p) nichts dawider einwenden können. Nur glauben sie, ihre Meinung gleichfalls in den Gesetzen gegründet zu finden. Daher es hier nur darauf ankommen wird, ob die desfalls von ihnen angeführten Gesetze, unsrer Meinung wirklich entgegen sind.

§. 3. Es ist wahr, wir finden einige Gesetze, q) die dem ersten Anblick nach für gegenseitige Meinung zu entscheiden scheinen; allein unterwerfen wir sie nur einer kurzen Prüfung, so werden wir auch eben so leicht einsehen, daß die darin enthaltenen und entschiednen Fälle, von dem unsrigen sehr weit verschieden sind.

Um dies zu zeigen, wollen wir jene Gesetze, so wie wir sie in der (Not. q) angeführt haben, hersetzen, und bei jedem unsre Beantwortung hinzufügen.

§. 4. Die Worte der *L.* 35. *ff. de leg.* 1. in so weit sie hierher gehören, sind diese: *si quidem evidentissime apparuerit, ademtione a priore legatario facta, ad secundum legatarium, testatorem convolasse: solum posteriorem ad legatum pervenire placet. Si autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes pervenire.*

In

p) *Bartolus* ad leg. 89. ff. de leg. 5. *Mantica* de coniect. ult. volunt. lib. 12. Tit. 14.

q) L. 33. ff. de leg. 1. L. 7. ff. de adim. vel transf. leg. §. 8. I. de leg. L. 15. pr. ff. de hered. inst.

In diesem Gesetze macht Paulus den Unterschied, ob die Ademtion eines Legats klar sey oder nicht, und nach diesem Unterschiede entscheidet er diese Frage so, daß im ersten Falle dem Legatarius das Vermächtniß genommen, in dem andern aber, sowohl der erste als zweite Legatarius das Legat zu gleichen Theilen erhalten sollen.

Wollte man von diesem Gesetze hier Anwendung machen, so müßte man erst zeigen, daß in der oben angeführten Klausel eine Dunkelheit stecke. Diese zu finden würde um so schwerer halten, da in den für unsre Meinung angeführten Gesetzen, jener Fall deutlich entschieden ist. In der That redet also dieses Gesetz mehr für als wider unsre Meinung.

§. 5. Eben so wenig enthält die *L.* 7, *ff. de adim. vel transf. leg.* etwas für die gegenseitige Meinung, es heißt darin: *quod si alii legetur sub conditione, quod alii pure datum est, non plane recessum esse videtur a primo: sed ita demum, si conditio sequentis extiterit. Ceterum si hoc animo fuerit testator, ut omnimodo recessum a primo putaverit, dicendum erit a primo putaverit, dicendum erit a primo ademtum legatum.* Wer sieht aber nicht, daß hier von dem Falle die Rede sey, da einem ein Legat ohne Bedingung, dem andern aber eben die Sache unter einer gewissen Bedingung vermacht sey. In

unserm Falle aber ist beiden eben dieselbe Sache ohne alle Bedingung auf gleiche Art vermacht, und dadurch folglich dem ersten genommen.

§. 6. Das Argument, welches man aus dem §. 8. *I. de leg.* hernimt, kann uns auch nicht treffen. Sehen wir den Inhalt jenes §. an, so finden wir bald, daß in demselben von dem Anwachsungs-Rechte geredet wird, und die verschiednen Arten desselben darin vorgetragen werden. Ein Anwachsungs-Recht können wir aber bei unserm Falle nicht annehmen, da es ein ganz verschiedner Ausdruck ist, wenn der Testirer sagt: dem Titius vermache ich meinen Garten, dem Kajus vermache ich eben den Garten und: meinen Garten, welchen ich dem Titius vermacht habe, vermache ich dem Kajus. Im ersten Falle würden freilich beide Legatarien als re coniuncti anzusehen seyn, nicht aber in dem zweiten, da hier klar ist, daß die Absicht des Testirers gewesen sey, dem ersten das Legat zu nehmen, und dem andern zu hinterlassen.

§. 7. Eben das läßt sich auch auf die *L.* 15. *pr. ff. de hered. inst.* antworten, worin es heißt: *ex qua parte Sejum instituí, ex eadem parte Sempronius heres esto.* Denn die Worte gehen hier nur auf die Bestimmung des Erbtheils, nämlich, daß Sem-

pro-

pronius eben so viel, als Kajus haben solle. In unserm Falle aber betreffen die Worte das Legat selbst.

So wenig wird also durch diese Gesetze die gegenseitige Meinung unterstützt, da wir im Gegentheil klare Gesetze für uns haben. Nach diesem wurde also dem Titus das Legat völlig ab=, und dem Kajus zuerkannt.

---

261. Meditation.

Wenn der Schuldner seinem Gläubiger eine eben so große Summe als er demselben schuldig war, vermacht hat, so glaubt man nicht, daß er dieses in der Absicht getahn habe, um mit dem Vermächtniß die Schuld zu tilgen; ohne dabei auf den Unterschied zu sehen, ob es ein *debitum voluntarium* oder *necessarium* sey.

§. 1.

Ehe wir zur Untersuchung dieser streitigen Rechtsfrage selbst gehen, halten wir es für nöthig, den Begrif eines debiti voluntarii und necessarii vorauszusetzen.

Ein

Ein *debitum voluntarium* ist diejenige Schuld, die aus einem Kontracte herrühret; ein *debitum neceſſarium* aber das jemand einem andern nach den Gesetzen zu geben schuldig ist, z. B. der Brautschatz.

§. 2. Wir haben behauptet, daß in dem Falle, wenn der Schuldner seinem Gläubiger eine eben so große Summe, als er ihm schuldig ist, vermacht habe, keinesweges durch das Vermächtniß die Schuld getilget werde. Wir haben ferner hinzugesetzt, daß eben dieses sowohl bei einem debito voluntario als neceſſario Statt finde, und verwerfen daher den von vielen Rechtsgelehrten [r]) bei dieser Frage unter einem debito voluntario und neceſſario gemachten Unterschied, nach welchem sie bei ersterm die Kompensation verwerfen, bei letzterm aber zulassen wollen.

§. 3. Weswegen wir aber mit vielen andern Rechtsgelehrten [s]) dieser Meinung nicht beitreten können, werden wir nun zeigen.

Der

r) *Menoch* de praeſ. lib. 4. pr. 109. *Mantica* de coniect. ult. vel lib. 10. tit. 2. *Carpzov* part. 3. conſt. 13. def. 29. n. 5. *Berlich* part. 3. concl. 27. n. 29. et in deciſ. part. 2. dec. 223. *Brunnemann* ad L. 22. ff. ſolut. matr. *Berger* Oecon. iur. lib. 2. tit. 4. th. 25. not. 4. et th. 44. not. 3. *Levſer* ſpec. 393. n. 3. 4.

s) *Fachineus* contr. iur. lib. 5. cap. 33. *Schilter*

Der Begrif, den man mit einem Vermächtniß verbindet, lehrt, daß die Absicht des Testirers diese gewesen sey, dem Legatarius, ohne dazu eine Verbindlichkeit zu haben, von dem Seinigen etwas zu hinterlassen, und gleichsam zu schenken. In dieser Absicht nennen die Gesetze t) ein Vermächtniß, eine Schenkung. — Ohne gegen diesen Begrif eines Vermächtnisses auszustoßen, läßt sich die gegenseitige Meinung nicht mit demselben reimen. Denn lassen wir bei einem debito necessario alsdenn die Kompensation zu, wenn der Testirer der Person, welcher er solches schuldig war, eine eben so große Summe vermacht hat; wer wird denn wohl behaupten können, daß der Testirer dem Vermächtnißnehmer dadurch einen Vortheil zugewandt habe.

§. 4. Was aber bei allem diesen das mehrste ist: so ist jener Unterschied auf keine Weise in den Gesetzen gegründet, ja denselben, — wie wir unten sehen werden, — völlig zuwider. Nur hievon einen ähnlichen, durch die Gesetze entschiednen Fall anzuführen: so verliert

ter ex. 39. §. 17. seq. *Struv* ex. 35. §. 12. *Stryk* U. M. Tit. de leg. §. 34. et in caut. test. cap. 20. §. 19. *Böhmer* intr. in ius dig. Tit. de liber. legat. §. 7. *Krause* de legato in debitum haud compensando.

t) §. 1. I. de leg. L. 116. ff. de leg. 1.

liert der Gläubiger, dem die Sache, worauf er ein Pfandrecht hatte, vermacht ist, seine Forderung nicht, sondern er kann ohnbeschadet seines Vermächtnisses solche von den Erben einfordern. u) Hievon können wir schon analogisch auf unsern Fall schließen.

§. 5. Um hier noch mehr zu zeigen, wie wenig der gemachte Unterschied den Gesetzen angemessen sey, wollen wir nur ein Gesetz anführen, welches jenem gemachten Unterschiede völlig entgegen ist. — Die Gegner rechnen die Verbindlichkeit des Vaters, seine Tochter auszustatten, unter diejenigen Verbindlichkeiten, wozu er den Gesetzen nach verbunden ist. Sie müssen uns also auch zugeben, daß, falls der Vater seiner Tochter ein Vermächtniß hinterläßt, dadurch ihr Brautschatz absorbiret werde. Allein die Gesetze wollen grade das Gegentheil, indem sie verordnen, daß die Tochter nicht nur den Brautschatz, sondern auch das Legat fordern könne. x)

§. 6. Dies Gesetz redet gar zu deutlich, und ist der gegenseitigen Meinung so sehr entgegen,

u) L. 85. ff. de leg. 2.
x) *L. 4. ff. de dot. coll.* Si pater pro filia dotem promiserit; deinde exheredatae vel etiam emancipatae et praeteritae legatum dederit, habebit filia etiam dotem praecipuam et legatum.

gegen, daß alle die Erklärungen, wodurch man gegenseits dies Gesetz zu entkräften gesucht hat, gewiß unbedeutend sind. — Denn was will man dadurch beweisen, wenn man vorgiebt; daß jenes Gesetz von einer enterbten Tochter, und von der Einwerfung der Güter rede; bleibt nicht immer ein und eben dieselbe Entscheidung da, und ist es nicht genug für uns, daß in diesem Gesetze ausdrücklich gesagt wird, daß die Tochter sowohl ihren Brautschatz, als das Vermächtniß fordern könne. Auf mehrers kömmt es hier nicht an, und das ist hinlänglich genug, um den gemachten Unterschied zu verwerfen.

§. 7. Doch damit man von der Wahrheit unsrer Behauptung desto mehr überzeugt werde, wollen wir hier die Gesetze, worin die Gegner ihre Meinung zu finden glauben, untersuchen, und hauptsächlich darauf achten, ob daraus Gründe für die gegenseitige Meinung hergenommen werden können.

Der Hauptgrund der gegenseitigen Meinung liegt in der *L.* 22. *§.* 3. *ff. solut. matr.* y) Der Fall, den dieses Gesetz enthält, ist

y) Si pater, filia absente, de dote egerit, etsi omissa sit de rato satisdatio, filiae denegari debet actio, sive patri heres ex-

ist folgender: der Vater hatte nach getrennter Ehe in Abwesenheit seiner Tochter, gegen ihren Mann auf die Wiedererstattung des Brautschatzes geklagt, dieser Brautschatz war ihm auch von seinem Schwiegersohn wieder herausgegeben, von seiner Seite aber der Schwiegersohn nicht sicher gestellet, daß die Tochter solches genehmigen würde. Es entstand daher die Frage: ob der Mann nicht ferner von seiner Frau auf die Wiedererstattung des Brautschatzes könne belangt werden? Diese Frage verneinet Ulpian, und spricht in beiden Fällen, es mag nun entweder die Tochter ihres Vaters Erbe seyn oder nicht, die Klage, um den Brautschatz zu fordern, ab, jedoch mit der Einschränkung, wenn ihr im letztern Falle so viel als ihr Brautschatz betragen hat, statt des Brautschatzes vermacht worden ist.

§. 8. Verstehen wir dieses Gesetz so, so sehen wir, daß es unsrer Meinung nicht nur nicht entgegenstehe, sondern vielmehr dieselbe erweise. — Vielleicht möchte aber vielen diese Er-

exuterit, sive in legato tantum acceperit, quantum dotis satis effet, et ita Julianus pluribus locis scribit, compensandum ei in dotem, quod a patre datur, lucroque eius cedit, si tantum ab ea consecuta sit, quantum ei dotis nomine debeatur a marito, qui patri solvit.

Erklärung gezwungen, und den Worten des Gesetzes zuwider vorkommen, da das Gesetz generell zu reden, und in allen Fällen die Kompensation, wenn nämlich der Vater seiner Tochter etwas vermacht, diese aber den Brautschatz noch zu fordern hat, zuzulassen scheinet. —

Allein daß wir jenes Gesetz nothwendig von dem Falle verstehen müssen, wenn der Vater seiner Tochter ein Vermächtniß, statt des Brautschatzes hinterläßt, können wir aus einem andern Gesetze schließen, worin ein gleicher Fall enthalten ist. So wird nämlich in der *L.* 34. §. 5. *ff. de leg.* 2. gesagt: *qui invita filia, de dote egerit, decessit, eadem illa exheredata, filio herede instituto, et ab eo fideicommissum filiae dotis nomine reliquit: quaero, quantum a fratre mulier consequi debeat etc.* Hier redet Modestinus deutlich von dem Falle, wenn der Tochter statt des Brautschatzes etwas vermacht worden ist, und entscheidet selbigen so: daß das Vermächtniß mit dem Brautschatze kompensiret werden müsse.

§. 9. Und eben so wenig steht uns auch die *auth. praeterea C. unde vir et uxor* [3]) ent-

3) Praeterea si matrimonium sit absque dote, coniux autem praemoriens locuples sit: su-

entgegen. Es wird zwar in dieser Authentica verordnet, daß dem hinterbliebnen armen Ehegatten das Legat, welches ihm von dem verstorbnen Ehegatten hinterlassen, an dem ihm in den Gesetzen ausgesetzten Erbtheile, angerechnet werden sollte; allein davon können wir keinen Schluß auf gegenwärtigen Fall machen, weil in dieser Authentica ein besonders Recht enthalten ist. — Es ist bekannt, daß nach dem bürgerlichen Rechte eine Erbfolge unter Ehegatten nicht anders Statt fand, als wenn so wenig Agnaten als Kognaten da waren. Von dieser Regel macht jene Authentica in dem Falle eine Ausnahme, wenn der verstorbne Ehegatte reich, der hinterlaßne aber arm ist, da alsdann der arme Ehegatte einen bestimmten Theil aus der Erbschaft erhält.

Der Grund dieses Gesetzes höret also auf, so bald der hinterbliebne Ehegatte aufhört arm zu seyn, und das geschiehet, wenn der reiche Ehe-

superstes vero laboret inopia, succedat una cum liberis communibus alteriusve matrimonii in quartam, si tres sint vel pauciores. Quod si plures sint, in virilem portionem: ut tamen eiusdem matrimonii liberis proprietatem servet, si extiterint: his vero non extantibus, vel si nullos habuerit, potietur etiam dominio, et imputabitur legatum in talem portionem.

Ehegatte ihm etwas vermacht hat; er muß also auch das Vermächtniß an seinem Theile sich anrechnen lassen.

§. 10. Dies sind die Hauptgründe, die man von der Gegenseite anzuführen pflegt. Wir hoffen selbige schon durch das vorhergehende gehoben zu haben. Um aber auch das widersprechende der gegenseitigen Meinung zu zeigen, wollen wir noch etwas hinzusetzen. — Man rechnet die Constitution des Brautschatzes mit zum debito necessario, wer wird aber leugnen, daß dieser nicht eben so gut ein debitum voluntarium werden könne, wenn er nämlich aus einem Vertrage herrühret. Was soll also für ein Grund da seyn, weswegen wir anders im ersten, und wieder anders im zweiten Falle sprechen sollen. Gewiß wir werden dazu keinen hinlänglichen Grund finden können, und alle Zweifel verlieren müssen, wenn wir nur das für unsre Meinung in der (Not. x.) angeführte Gesetz, dagegen die Gegner nichts sagen können, ansehen, und mit demselben die Schlußworte der *L.* 1. *§.* 3. *C. de rei ux. act.* verbinden: Sciendum itaque est, edictum Praetoris quod de alterutro a) in-

a) Nach dem Edikt de alterutro mußte die Frau, wenn ihr von ihrem Mann etwas vermacht war, entweder das Vermächtniß oder

introductum eſt, in ex ſtipulatu actione ceſſare: ita ut uxor et a marito relicta recipiat, et dotem conſequatur, niſi ſpecialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifeſtiſſimum ſit, teſtatorem qui hoc non addiderit, voluiſſe eam utrumque conſequi.

---

262. Meditation.

Ein Legatarius kann auch Zeuge in einem Kodicill ſeyn.

§. 1.

Titius hatte in ſeinem hinterlaſſenen Kodicill, dem Kajus 500 Rthlr. vermacht. Die Erben weigerten ſich dieſes Vermächtniß auszuzahlen, und zwar aus dem Grunde, weil das Kodicill von dem Kajus als Zeuge mit unterſchrieben war. Es kam hier alſo auf die Frage an: ob Legatarien auch gültige Zeugen bei einem Kodicill ſeyn können?

§. 2.

oder ihren Brautſchatz fordern, denn beides zuſammen zu fordern, war nach jenem Edikt nicht erlaubt.

§. 2. Das Legatarien und Fideicommissarien in einem Testamente gültige Zeugen sind, das ist durch die Gesetze [b]) ganz deutlich entschieden. Die gesetzliche Verordnung läßt sich auch hier in diesem Falle ganz füglich anwenden, weil Legatarien, es mag ihnen nun das Vermächtniß im Testament oder Kodicill hinterlassen seyn, nie, wie das Gesetz sagt, iuris successores sind.

§. 3. Eben dies wird nun auch durch die *L.* 22. *C. de testam*, deutlich bestärkt, wo es so heißt: *dictantibus testamenta vel aliam quamlibet ultimam voluntatem, legatum vel fideicommissum, vel quodcunque aliud, quolibet legitimo titulo testatorem posse relinquere minime dubitandum est. Testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro suo libitu, quod voluerit testator, relinquere non prohibitur.* Wir wissen zwar wohl, daß man gemeiniglich dieses Gesetz nur von Testamenten erklärt, aber es ist kein Grund zu dieser Einschränkung vorhanden, vielmehr lehrt der Inhalt des Gesetzes, daß solches allerdings mit auf Kodicille gehe. Dies weiter zu zeigen, würde in der That unnütz seyn.

§. 4.

b) §. 11. *I. de testam. ord.* Legataris et fideicommissariis, qui non iuris successores sunt — testimonium non denegamus.

§. 4. Wenn nun also so viel gewiß ist, daß Legatarien als Kodicill-Zeugen durch die Gesetze nicht ausgeschlossen sind, so müssen wir dieselben als Zeugen gelten lassen, da die Gesetze c) keinen als Zeugen wollen ausgeschlossen wissen, den sie nicht selbst verworfen haben. Diesen Satz können wir hier um desto mehr annehmen, weil einestheils nichts ungereimtes darin lieget, anderntheils es auch der Natur der Sache nicht widerstreitet, wenn man Legatarien als Kodicill-Zeugen zuläßt.

§. 5. Der Grund, aus welchem die Erben ihre von vielen Rechtsgelehrten d) vertheidigte Meinung behaupteten, liegt in dem §. 10. *I. de testam. ord.* e) worin gesagt wird, daß der

c) *L.* 1. *§.* 1. *ff. de testib.* Adhiberi quoque testes possunt et hi, quibus non interdicitur testimonium, nec ulla lege a testimonio dicendo excusantur.

d) *Mascard* de probat. vol. 1. concl. 308. n. 7. *Brunnemann* ad L. 20. ff. qui test. fac. poss. n. 9. *Stryk* U. M. Tit. de iur. codicil. §. 7. *Böhmer* intr. in ius dig. eod. tit. §. 10. *Hommel* Rhapf. obf. 211. *Walch* controv. iur. Sect. 2. cap. 4. membr. 3. §. 27. *Müller* ad Leyser. Obf. 558. Höpfners Comment. über die Heinec. Institt. §. 626. S. 573.

e) Sed neque heres scriptus — testes adhiberi possunt, quia hoc totum negotium, quod

der Erbe im Testament nicht Zeuge seyn könne. Sie schließen hieraus so: ist der eingesetzte Erbe aus dem Grunde kein gültiger Testaments-Zeuge, weil zwischen ihm und dem Testirer alles vorgeht, so kann auch aus gleichem Grunde der Legatarius kein Zeuge bei einem Kodicill seyn, da er hier in gleichem Verhältniß steht.

§. 6. Daß dieser Schluß in mehr als einem Betracht falsch sey, ist leicht zu beweisen. Einmal kann der Erbe um deswillen kein tüchtiger Testaments-Zeuge seyn, weil der Testirer und Erbe für eine Person angesehen werden, welches man aber von Legatarien nicht sagen kann. Fürs zweite geht zwischen dem Testirer und Legatarius im Kodicill nichts vor; denn da befiehlt der Testirer seinem Erben die Vermächtnisse auszuzahlen, daher er so wenig im Testament, als Kodicill mit den Legatarien was zu thun hat. Fürs dritte succediret der Legatarius nicht wie der Erbe in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Testirers. Da nun zwischen Erben und Legatarien ein himmelweiter Unterschied ist, so kann man auch nicht von einem auf den andern schließen.

§. 7.

quod agitur, testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi.

§. 7. Aber sollen Legatarien nicht um deswegen verwerfliche Kodicill-Zeugen seyn, weil sie auf diese Art Zeugen in ihrer eignen Sache sind? Dieser Einwurf bedeutet hier nichts, da zu einem Kodicill nicht des Beweises, sondern der Solennität wegen fünf Zeugen zugezogen werden müssen. Er würde allenfalls nur dann Statt finden, wenn man die Legatarien als Zeugen darüber: ob ihnen würklich das Vermächtniß im Kodicill hinterlassen sey, gebrauchen wollte.

Es wurden daher die Erben mit Recht zur Auszahlung des Vermächtnisses schuldig erkannt. f)

f) *Carpzov* part. 2. dec. 252. *Cocceji* J. C. tit. de iur. codil. qu. 3. *Leyser* sp. 378. med. 1. 2. *Berger* oecon. iur. lib. 2. tit. 4. th. 36. not. 8. Strube rechtl. Bedenk. Th. 3. Bed. 90. am Ende.

263. Meditation.

Auch bei einem mündlichen Testament können Legatarien Zeugen seyn.

§. 1.

In der vorhergehenden Meditat. haben wir schon gesagt, daß Legatarien und Fideikommissarien gültige Testaments-Zeugen sind, ohne auf den Unterschied zu sehen, ob es ein schriftliches oder mündliches Testament ist. In Ansehung des letztern wollen verschiedne Rechtsgelehrte g) selbige nicht als gültige Zeugen gelten lassen. Sie glauben ihre Meinung dadurch beweisen zu können, wenn sie vorgeben, daß Legatarien bei einem mündlichen Testament, wo alles auf die Aussagen der Zeugen ankomme, um deswegen verwerfliche Zeugen wären, weil sie hier in ihrer eignen Sache ein Zeugniß ablegten.

§. 2.

g) *Faber* de errorib. pragm. dec. 66. n. 1. *Duarenus* ad tit. ff. qui test. fac. poss. *sub rub.* de test. in testam. idon. *vers.* quidam ex veteribus. *Richter* dec. 31. n. 21, *Struv* ex. 32. th. 13.

§. 2. Wenn es wahr wäre, daß es hier auf die Aussage des Legatarius ankäme, ob ihm nämlich ein Vermächtniß hinterlassen sey, wenn es wahr wäre, daß durch seine Aussagen das bewiesen werden sollte; so würde freilich obiger Satz seine Richtigkeit haben. Allein, wenn es darauf nicht ankommt, wenn er bloß als ein zur Solennität eines Testaments erforderlicher Zeuge anzusehen ist, so kann jener Satz hier gar keine Anwendung finden.

§. 3. Jener Einwurf ist also von gar keiner Erheblichkeit, und kommt es also nur darauf an, in wie weit die Gesetze, die Legatarien in einem solchen Testamente als Zeugen zulassen. Diese machen gar keinen Unterschied zwischen einem mündlichen und schriftlichen Testamente, sondern verordnen generell, daß Legatarien zu einem Testamente, als Zeugen können zugezogen werden. h)

§. 4. Der Grund warum Legatarien als Zeugen im Testament zugelassen werden, ist der, weil sie keine *iuris successores* sind. Dieser Grund passet sowohl auf mündliche als schrift-

h) §. 11. *I. de test. ord.* Legatariis autem et fideicommissariis quia non iuris successores sunt — testimonium non denegamus. *L.* 20. *pr. ff. qui test. fac. poss.* *L.* 22. *C. de testam.*

schriftliche Testamente, und können wir daher, ohne eine gesetzliche Verordnung keinen Unterschied zwischen beiden machen.

Nach diesem wurde daher ein mündliches Testament, das aus dem Grunde, weil ein Legatarius dabei als Zeuge zugezogen war, angefochten wurde, für gültig erkannt. i)

---

264. Meditation.

Reisende sind bei ihren Testamenten eben sowohl wie andre, an die gesetzlichen Feierlichkeiten gebunden.

§. 1.

Es ist darüber vielfältig unter den Rechtsgelehrten gestritten, wie viele Zeugen Reisende zu ihrem Testamente zuziehen müssen. Einige halten zwei Zeugen für hinlänglich; andre

i) *Carpzov* part. 3. const. 3. def. 6. n. 8. *Lauterbach* colleg. th. pr. tit. qui test. fac. poss. *Schilter* ex. 38. §. 40. *Wernher* part. 10. obs. 318. *Walch* controv. iur. Sect. 2. cap. 4. membr. 3. §. 7.

andre erfordern wenigstens fünfe; noch andre glauben, daß sie eben sowohl, wie ein jeder andrer, sieben Zeugen zuziehen müssen. Von diesen so verschiednen Meinungen halten wir die letztre den Gesetzen am angemessensten.

§. 2. Zu einem jeden Testamente wird der Regel nach eine Anzahl von sieben Zeugen erfordert, so daß wenn nur einer fehlet, das Testament nicht bestehen kann. [k]) Zwar sind von dieser Regel verschiedne Testamente ausgenommen, aber nirgends finden wir eine Ausnahme in Absicht der Testamente der Reisenden. Haben also die Gesetze es nicht für gut gefunden, solche Personen von dieser Testaments-Feierlichkeit zu dispensiren, so steht uns solches auch nicht zu.

§. 3. Justinian hat aber auch selbst zu dem Ende die Kodicille eingeführet, damit Reisende, wenn sie etwa keine Testamente machen könnten, doch wenigstens Gelegenheit hätten, auf eine andre Art über ihr Vermögen Verfügungen zu treffen. [l]) Dies würde völlig über-

k) *L.* 12. *C. de testam.* Si unus de septem testibus defuerit — iure deficit testamentum,

l) *Pr. I. de codicil.* — quod diceret, utiliſſimum et neceſſarium hoc civibus eſſe, propter

überflüßig und unnütz gewesen seyn, wenn Justinian Reisenden die Freiheit hätte geben wollen, vor weniger als sieben Zeugen ein Testament zu machen, da doch auch zu einem Kodicill fünf Zeugen erfordert werden.

§. 4. Die Gesetze aber geben nie dem Testirer das Recht, vor weniger als sieben Zeugen ein Testament zu machen, wenn er so viele Zeugen nicht haben kann, m) und dies würde doch bei Reisenden der Fall seyn. Denn selbst den Landleuten ist die Anzahl der Zeugen bei einem Testamente bis auf fünfe erlassen, dabei aber auch verordnet, daß wenn sie so viele nicht erhalten könnten, sie, vor weniger als fünf Zeugen ein Testament zu machen, nicht befugt seyn sollten. n)

Jener Grund, nämlich der Mangel der Zeugen, den man für die gegenseitige Meinung anführt, kann also keinem das Recht geben, we-

propter longas et magnas peregrinationes quae apud veteres fuissent: ubi si quis testamentum facere non possit, tamen codicillos posset.

m) L. 8. §. 2. ff. de iur. codic.

n) L. fin. C. de testam. — si autem in illo loco, minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus adhiberi iubemus, *minus autem nullo modo concedimus.*

weniger Zeugen zu seinem Testamente zuzuziehen.

§. 5. Wir werden nicht nöthig haben, zur Unterstützung unsrer Meinung o) noch mehrere Gründe anzuführen, sondern es wird genug seyn, die Hauptgründe der gegenseitigen Meinung p) hier noch zu prüfen.

Den Hauptgrund nimt die Gegenseite von den Testamenten der Soldaten und Landleute her. Sie glauben, weil auch solche die keine Soldaten, aber doch in Kriegesgefahren und an einem Orte wären, wo es feindlich hergehe, so wie Soldaten testiren könnten, q) und also das eigentlich den Soldaten zustehende Privilegium auch auf andre ausgedehnet sey; so könne man auch wohl Reisenden dieses Privilegium

o) *Ludwel* de ult. volunt. P. 2. Cap. 1. p. 312. *Harprecht* de testamento pagano in hostico condito §. 204. n. 3. *Cocceji* Cons. et resp. Tom. 1. resp. 46. n. 8. seq. *Stryk* caut. test. cap. 14. *Walch* contr. iur. S. 2. Cap. 4. membr. 1. §. 6.

p) *Menochius* Vol. 4. cons. 351. n. 33. *Cothmann* Vol. 3. resp. 13. n. 37. *Faber* ad Cod. lib. 6. Tit. 5. def. 2. n. 14. *Brunnemann* ad L. ult. C. de testam. n, 8. *Mevius* ad Jus Lubec. part. 2. tit. 1. art. 2. n. 59.

q) L. ult. ff. de testam. mil. L. un. pr. ff. de bon. poss. ex testam. mil.

legium verstatten, da so wie jene wegen Kriegesgefahr, diese wegen Mangel der Zeugen, in einer gleichen Nothwendigkeit versetzt würden.

§. 6. Diese gemachte Folge ist aber völlig unrichtig und wider die Gesetze. Das Privilegium, welches den Soldaten gegeben ist, haben die Gesetze selbst auf diejenigen ausgedehnt, welche zwar keine Soldaten sind, aber sich doch an einem Orte, wo es feindlich hergeht, befinden. Dem Gesetzgeber stand es frei jenes Privilegium, so weit er wollte, zu extendiren, aber was einem Gesetzgeber erlaubt ist, ist nicht einem andern erlaubt, besonders da Privilegien nicht über den bestimmten Fall ausgedehnt werden dürfen, selbst alsdenn nicht, wenn auch ein gleicher Grund unter beiden eintritt.

§. 7. Eben dies können wir auch auf den Grund antworten, den man von den Testamenten der Landleute hernimt. Man glaubt, weil ein solches Privilegium den Landleuten gegeben sey, so könne man dieses auch füglich auf diejenigen anwenden, die auf dem Lande reiseten.

Allein wollten wir eine solche Ausdehnung gestatten, so würden wir gegen obige Regel, nach welcher keine Erstreckung der Privilegien Statt findet, offenbar anstoßen, zumal da man

in

in den Gesetzen keine Spur findet, daß Reisende in diesem Stücke einen Vorzug genieſſen sollen.

§. 8. Wir können auch ferner eben so wenig das, als einen erheblichen Grund, für die gegenseitige Meinung ansehen, wenn man vorgiebt: daß Reisende oft bloß aus Mangel an Zeugen gezwungen wären, weniger als sieben zu nehmen, daß daher auch solche Testamente, wenn es nur an dem gehörigen Beweise nicht fehle, immer bestehen müßten, besonders weil man in zweifelhaften Fällen, eher für die Gültigkeit eines Testaments sprechen, und so viel möglich begünstigen müsse.

§. 9. Wenn wir aber dieses alles auch zugeben, so würde das doch kein hinlänglicher Grund seyn, Reisenden die Testamentsfeierlichkeiten in diesem Stücke zu erlassen. Denn so steht niemand in der Nothwendigkeit, ein Testament machen zu müssen, sondern dies hängt von eines jeden Willen ab. Man kann hier also auch nicht sagen, daß hier die Noth so dringend sey, daß man sich an die Gesetze nicht so genau habe binden können, da, wenn einer ja über sein Vermögen Verfügungen machen will, solches auch durch Kodicille geschehen kann.

§. 10. Eben so unrecht ist es hier auch angebracht, wenn man sagt: man müsse in zwei=

zweifelhaften Fällen immer eher für, als wider die Testamente sprechen.

Soll dieser Grund eintreten, so müssen doch wenigstens die in den Gesetzen bestimmten Solennitäten, bei dem Testamente beobachtet seyn. Sind diese außer Acht gelassen, so würde man offenbar wider die Gesetze handeln, wenn man alsdenn zum Vortheil eines solchen ungültigen Testaments sprechen wollte. — Und warum sollte man dann auch bloß die eingesetzten Erben begünstigen, verdienen dieses nicht immer eher die Intestat-Erben? Diesen wird doch die, ihnen sonst zustehende, Erbschaft genommen, und leiden sie daher auch immer mehr, als die Testaments-Erben.

§. 11. Was nun noch aus der Nov. 41. des Kaisers Leo zum Beweis der gegenseitigen Meinung angeführet wird, verdient um so weniger einer Beantwortung, je bekannter es ist, daß jene Novellen keine gesetzliche Kraft haben, weswegen denn auch diese streitige Frage nicht daraus entschieden werden kann.

265. Meditation.

Ein blinder Vater der unter seinen Kindern testiret, muß zu seinem Testamente drei Zeugen zuziehen.

§. 1.

Es ist bekannt, daß sowohl nach den Verordnungen des römischen Rechts, r) als nach den Reichsgesetzen s) zum Testament eines Blinden, acht Zeugen müssen zugezogen werden. So generell nun gleich dieses befohlen wird, so glauben wir doch, daß jene Verordnung sich nicht auf das Testament eines Blinden unter seinen Kindern anwenden lasse. Wir hoffen dieses nicht besser beweisen zu können, als wenn wir hier die Gründe, welche die von unsrer Meinung abgehenden Rechtsgelehrte t) für sich anführen, kürzlich widerlegen.

§. 2.

r) L. 8. C. qui test. fac. poss.

s) Not. Ord. von 1512. Tit. 2. §. 9. S. Med. 5.

t) *Castrensis* lib. 2. cens. 362. *Alicatus* Tom. 3. resp. 32. n. 2. *Janson* ad L. 8. C. qui test. fac. poss. Connanus Cens. 113.

§. 2. Zum Beweis ihrer Behauptung, beziehen sie sich hauptsächlich auf die ganz allgemeine Verordnung der Gesetze, nach welcher zum Testament eines Blinden, 8 Zeugen erfordert werden.

Da nun diese Gesetze ohne Ausnahme reden, auch überdem weit jünger sind als die Gesetze, worin den Eltern, wenn sie unter ihren Kindern testiren, die Solennitäten erlassen sind, so glauben sie, daß diese Gesetze durch jene, in diesem Falle aufgehoben wären.

§. 3. Wenn nun aber gleich das Gesetz, nach welchem ein Blinder zu seinem Testamente acht Zeugen nehmen muß, weit jünger ist, als das den Eltern ertheilte Privilegium; so folgt doch noch nicht, was man Gegenseits daraus herleiten will. Denn eines Theils reden jene Gesetze nicht so allgemein, daß sie auch auf die Testamente der Eltern unter ihren Kindern gezogen werden könnten, da sowohl die *L.* 8 *C. qui test. fac. poss.* als auch die Notariats-Ordnung von 1512. Tit. 2. §. 9. bloß von solchen Testamenten reden, wozu sonst sieben Zeugen erfordert werden, wie aus den Anfangs-Worten: *praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est;* und daß der Notarius und die sieben Zeugen dazu

be-

berufen: — ersichtlich ist. Andern Theils haben diese Gesetze auch nicht die ältern, worin den Eltern, wenn sie unter ihren Kindern testiren, die Solennitäten erlassen sind, aufgehoben, weil in jenen Gesetzen von den Testamenten der Eltern unter ihren Kindern gar nicht geredet wird. Diese neuern Gesetze müssen daher nothwendig aus jenen ältern, die einen ganz speciellen Fall enthalten, erkläret werden, so daß man also nicht sagen kann, sie haben diese aufgehoben.

§. 4. Es läßt sich ferner auch der Grund: daß nämlich zu dem Testamente eines Blinden, nur deswegen acht Zeugen zugezogen werden müßten, damit desto eher aller Betrug und Unterschleif vermieden werde; nicht auf ein Testament der Eltern unter ihren Kindern anwenden. Denn hier ist dies gar nicht zu befürchten, da Kinder auch ohne Testament erben würden. Unter Kindern und fremden Personen ist daher ein großer Unterschied.

§. 5. Endlich können auch die Gegner nicht in Abrede stellen, daß in unsern Gesetzen, den Eltern ohne Unterschied, wenn sie unter ihren Kindern testiren, die Solennitäten erlassen sind. Hieraus folgt also schon von selbst, daß wir jene Gesetze, wo von dem Testamente eines Blinden geredet wird, gar nicht auf unsern

sern Fall anwenden können, und zwar deswegen nicht, weil darin dieses besondern Falls gar nicht gedacht wird. u)

§. 6. Wenn nun aber blinde Eltern zu ihrem Testamente keine acht Zeugen bedürfen, wie viel müssen sie denn zuziehen? Einige von den angeführten Rechtsgelehrten nehmen hier zwei, andre drei Zeugen an. Die letztre Meinung ist nicht nur die sicherste sondern auch die gegründeste. Denn wie zu einem solennen Testamente eines Blinden, ein Zeuge über die gewöhnliche Anzahl der Zeugen erfordert wird, so wird auch zu einem nicht solennen Testamente ein Zeuge mehr erfordert; sind also zu jenem Testamente acht Zeugen nöthig, so werden auch zu diesem drei nöthig seyn. Nehmen wir dieses an, so steht uns auch jenes Gesetz, worin zu dem Testamente eines Blinden 8 Zeugen erfordert werden, gar nicht im Wege. Denn so bald wir hier ein ähnliches Verhältniß unter einem solennen und nicht solennen Testamente annehmen, so läßt sich jenes Ge=

u) Unsrer Meinung sind *Menoch* de praesunt. lib. 4. praes. 6. *Richter* ad L. 8. C. qui test. fac. poss. *Brunnemann* ad eand. leg. *Carpzov* part. 3. const. 6. def. 5. n. 5. et 6. *Stryk* de iure sens. diss. 2. cap. 3. §. 38. seq. et in caut. test. cap. 4. §. 17. *Leyser* sp. 367. Med. 8.

Gesetz mit unserm Satze ganz gut vereinigen. Blinde Eltern werden am sichersten gehen, wenn sie zu ihrem Testamente drei Zeugen nehmen, und sich dann solches nochmals vorlesen lassen, denn auch dies ist ein Haupterforderniß eines solchen Testaments. x)

---

266. Meditation.

Zu einem mündlichen Testamente der Eltern unter ihren Kindern werden zwei Zeugen erfordert.

§. 1.

Wenn gleich fast durchgängig von allen Rechtsgelehrten angenommen wird, daß ein vor zwei Zeugen gemachtes mündliches Testament der Eltern unter ihren Kindern gültig sey, und den Rechten nach bestehe; y) so hat es

x) *Huber* praelect. ad ff. tit. qui test. fac. poss. *J. H. Böhmer* de testam. non praelecto. 9. *Leyser* l. c.

y) *Carpzov* part. 3. const. 4. def. 22. n. 10. *Gail* lib. 2. obs. 112. n. 4. *Lauterbach* colleg. th. pr. tit. de test. mil. §. 34. *Vin-*

es doch verschiedne gegeben, welche dieses haben bezweifeln wollen. 3)

§. 2. In den neuesten Gesetzen, worin von dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern geredet wird, wird hauptsächlich des schriftlichen Testaments gedacht, und dies ist auch mit ein Grund, warum verschiedne Rechtsgelehrte geglaubt haben, Justinian habe nur bloß den Eltern in dem Falle, wenn sie schriftlich unter ihren Kindern testirten, die vielen Solennitäten erlassen. Aber daß dieses falsch sey, werden wir bei Prüfung der gegenseitigen Gründe zeigen.

§. 3. Die Gegner sagen: Justinian hätte ausdrücklich verordnet, daß derjenige, der unter seinen Kindern auf eine nicht solenne Art testiren

Vinnius select. iur. qu. lib. 2. cap. 18. *Struv* ex. 32. §. 12. *Leyser* spec. 367. corl. 2. *Carrach* de disposs. parent. int. liber. nuncupat, Höpfners Comm. über die Heinec. Inst. §. 460. S. 418.

3) *Faber* de error. prag. dec. 35. error. 4. et dec. 36. err. 9. *Walch* contr. iur. Sect. 2. Cap. 4. membr. 3. §. 16. et 17. *Menken* de testam. parent. int. liber. privileg. iure civili sine scriptura invalido. *Müller* ad Leyser. obs. 569.

stiren wolle, des Schreibens erfahren seyn müsse. Denn so würde ganz deutlich in der Nov. 107. Kap. 1. gesagt: daß der Vater mit eigner Hand ein solches Testament schreiben sollte, oder wenigstens unterschreiben müsse. Hieraus folgern sie, wenn also Eltern auf eine nicht solenne Art mündlich testiren wollten, so würden sie offenbar gegen jenes Gesetz anstossen, sie müßten daher auch eben so gut wie jeder andrer zu ihrem mündlichen Testamente sieben Zeugen zuziehen.

§. 4. Dieser Einwurf ist aber von weniger Erheblichkeit, und würde nur alsdenn Statt finden, wenn in jener Novelle gesagt würde, daß Eltern nicht anders als schriftlich testiren sollten. Justinian aber hat den schriftlichen Aufsatz so wenig zu einem wesentlichen Stücke eines solchen Testaments gemacht, als weniger es seine Absicht, dieses zu thun, gewesen seyn kann. Vielmehr der Inhalt der Novelle lehret, daß solche bloß von einem schriftlichen Testamente rede, darin Justinian noch einige Aenderungen und nähere Bestimmungen, von der Errichtung der schriftlichen Testamente der Eltern gemacht hat. Von dem mündlichen Testamente sagt er nichts, und in Absicht dieses hat er auch keine weitere Abänderung gemacht,

Diese

Diese Novelle kann daher nicht anders zum Beweis gebraucht werden, als wenn die Frage darüber ist: ob ein schriftliches Testament der Eltern unter ihren Kindern gehörig eingerichtet sey? keinesweges aber kann sie auf mündliche Testamente gezogen werden.

§. 5. Der zweite gegenseitige Grund liegt in der *L.* 21. *§.* 2. *C. de testam.* worin es heißt: *per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non aliter valere sancimus, quam si septem testes, ut supra dictum, simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis audierint.*

Da in diesem Gesetze nun die mündlichen Testamente der Eltern unter ihren Kindern von jener Vorschrift nicht ausgenommen sind, so glaubt man, daß solche an jenes Gesetz gebunden wären.

§. 6. Dieser Schluß ist eben so falsch wie der vorige. Das Gesetz redet, wie jeder sieht, bloß von solennen mündlichen Testamenten, und nicht von privilegirten. Es war daher auch nicht nöthig, die privilegirten Testamente von jener Vorschrift besonders auszunehmen, da man überhaupt von solennen

Testamenten auf diese nicht schließen kann. Sodann wird in dem ersten §. jenes Gesetzes ausdrücklich gesagt: *ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus.* Ist also hier kein Unterschied zwischen einem schriftlichen und mündlichen Testamente gemacht, sondern ganz generell verordnet, daß ein testamentum imperfectum parentum unter Kindern gültig seyn solle: so kann man auch aus dem §. 2. des Gesetzes von dem mündlichen Testamente nicht das Gegentheil behaupten.

§. 7. Bei alle dem ist es auch gar nicht wahrscheinlich, daß Justinian bloß allein bei schriftlichen Testamenten, den Eltern so viele Solennitäten sollte erlassen haben. Wollte man gleich sagen, daß Justinian um so eher bei einem solchen schriftlichen Testamente die Solennitäten habe erlassen können, da durch dasselbe die letzte Willens-Meinung besser als durch Zeugen erwiesen werden könne: so kann man auch eben so gut das Gegentheil behaupten. Denn so möglich es ist zwei Zeugen zu bestechen, so möglich ist es auch die Hand des Testirers nachzumachen, besonders wenn das Testament nur bloß unterschrieben ist. Und dann, warum sollte man eben hier so viel

Mis-

Mistrauen in das Zeugniß von zwei beeidigten Personen setzen? Giebt es nicht andre und oft wichtigere Fälle als dieser, wo man mit der Aussage zweier Zeugen zufrieden seyn muß, und haben nicht unsre Gesetze den Aussagen zweier glaubwürdiger Zeugen vollen Beweis zugeschrieben?

§. 8. Wir haben bisher diese Materie bloß nach den Rechten betrachtet: Was den Gerichtsgebrauch anbetrifft, so stimmen viele von der Gegenseite auch darin überein, daß dieser gegen sie sey, so wie auch die mehrsten Rechtsgelehrte unsrer Meinung zugethan sind; daher denn auch dieselbe in dieser Rücksicht vor der gegenseitigen viele Vorzüge hat.

267. Meditation.

Remuneratorische Schenkungen müssen, wenn sie über 500 Dukaten betragen, gerichtlich insinuiret werden.

§. 1.

Der Regel nach müssen alle Schenkungen unter den Lebendigen, wenn sie über 500 Dukaten sich belaufen, gerichtlich insinuiret werden, weil sie sonst bis auf diese Summe ungültig sind. Nur einige Schenkungen sind von jener Regel ausgenommen; als Schenkungen die von der regierenden Landesherrschaft, oder von Privatpersonen derselben gemacht werden; [a]) Schenkungen der Officiere an die Soldaten; [b]) was jemand zur Einlösung der Gefangnen hergiebt; [c]) alle Schenkungen zur Aufbauung eines abgebrannten Hauses; [d]) endlich

a) Nov. 52. cap. 2. L. 34. pr. et auth. *item C.* de donat.

b) L. 36. §. 1. C. de don.

c) L. 36. pr. C. de donat.

d) L. 36. §. 2. C. eod. tit.

lich diejenigen die mit einem körperlichen Eide bestätiget sind. e)

§. 2. Ob nun nicht remuneratorische Schenkungen von der gerichtlichen Insinuation frei sind, wenn sie über 500 Dukaten betragen? das ist eine Frage, in deren Beantwortung die Rechtsgelehrten von einander abweichen. Aus mehr denn einem Grunde müssen wir denjenigen Rechtsgelehrten f) beipflichten, die jene Frage bejahen; und nachfolgende Gründe werden es auch zeigen, daß dies die richtigere Meinung sey.

§. 3.

e) *Gail* lib. 2. obs. 39. n. 12. *Stryk* caut. contr. Sect. 3. cap. 9. §. 3. *Cocceji* J. C. tit. de donat. qu. 3. Gegenseitiger Meinung ist *Carpzov* part. 2. const. 12. def. 14. Allein wenn dessen Meinung gleich den Grundsätzen des römischen Rechts gemäß ist: so ist sie doch den Grundsätzen des geistlichen Rechts, und der Praxis zuwider.

f) *Fachinei* contr. iur. lib. 3. cap. 82. *Finkelthaus* obs. 103. n. 22. *Schilter* ex. 43. §. 12. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 18. et Tom. 2. obs. 5. §. 9. *Helfrich* de donat. remunerat. *Walch* intr. in contr. iur. civ. Sect. 3. cap. 3. membr. 1. §. 5. Claproth theor. prakt. Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen. Absch. 3. Abth. 2. Haupst. 2. Tit. 7. §. 198.

§. 3. In der *L.* 34. *pr. C. de don.* wird ausdrücklich verordnet, daß alle Schenkungen, wenn sie mehr als 300 Dukaten betragen, gerichtlich bestätiget werden sollen. g) Wir müssen uns aber hiebei erinnern, daß nachher in der *L.* 36. §. 3. *C. de donat.* statt 300 Dukaten, 500 festgesetzt sind. Wenn nun nach der Verordnung jenes Gesetzes alle Schenkungen, die sich über die festgesetzte Summe belaufen, gerichtlich sollen bestätiget werden, ja wenn selbst in diesem Gesetze, so wie auch in andern, h) in einigen Fällen bestimmte Ausnahmen davon gemacht sind, so müssen wir auch, wenn wir die remuneratorischen Schenkungen unter jenen Ausnahmen nicht finden, nothwendig bei der festgesetzten Regel stehen bleiben.

§. 4. Allein Justinian verbiethet noch in einer andern Stelle i) ganz ausdrücklich, daß

g) Sancimus omnem donationem, sive communem sive ante nuptias factam, usque ad trecentos solidos cumulatam non indigere monumentis sed communem formam habere. — Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc quod superfluum est, tantummodo non valere.

h) Man sehe den §. 1. und die daselbst angeführte Gesetze.

i) *L.* 19. *in f. C. de sacr. sanct. eccl.* — Nulli danda

daß keine andere Schenkungen über 500 Dukaten von der gerichtlichen Bestätigung frei seyn sollten, als die besonders davon ausgenommen sind. Aus was für Gründen will man also in Absicht dieser Schenkungen, eine Ausnahme machen, würde man nicht grade gegen jene Gesetze anstoßen?

§. 5. Und so können wir auch den Grund, warum eigentlich zu einer Schenkung über 500 Dukaten, eine gerichtliche Bestätigung erfordert wird, immer so gut auf die remuneratorischen, als auf jede andre Schenkung anwenden. Denn hier kann einer eben so leicht auf eine unbedachtsame Weise das Seinige verschwenden, und auch hinterlistig dazu verleitet werden, wie zu andern; es ist daher auch dem Zweck dieses Gesetzes angemessen, in Absicht der remuneratorischen Schenkungen bei der Regel stehen zu bleiben.

§. 6. Wenn nun aber gleich die diesseitige Meinung den Gesetzen gemäß ist, so giebt es doch viele Rechtsgelehrte [f]) die hier andrer Mei-

danda licentia, quacunque alia causa, quasi pietatis iure subnixa, praeter eas, quas specialiter exposuimus, introducenda, veterum scita super intimandis donationibus permutare.

f) *Mynsinger* lib. 4. obs. 75. *Gail* lib. 2. obs.

Meinung sind, und dieser ihrer Gründe wollen wir jezt kennen lernen.

Jene Rechtsgelehrte glauben, weil die remuneratorischen Schenkungen im eigentlichen und strengern Verstande, keine Schenkungen wären, so wären sie auch nicht unter jenen Gesetzen begriffen.

§. 7. Dieser Einwurf setzt etwas als ausgemacht zum voraus, was erst erwiesen werden muß. Denn so muß erst bewiesen werden, daß in jenen Gesetzen von den Schenkungen in strengerm Verstande die Rede sey. Dies wird aber um so weniger gezeigt werden können, da es klar ist, daß jede Schenkung, auch in dem weitläuftigsten Verstande, dazu gehöre. Denn so heißt es in dem Gesetze: *omnem donationem sive communem sive ante nuptias* und ist also hier kein Unterschied unter Schenkungen, in engerm und weitläuftigerm Verstande gemacht.

§. 8.

obs. 39. n. 34. *Voet* ad ff. Tit. de donat. §. 17. *Carpzov* part. 2. const. 12. def. 15. et part. 2. dec. 124. n. 4. *Leyser* sp. 435. med. 3. *Wernher* part. 3. obs. 65. *du Roi* Diss. de donat. inter coniug. remuneratoria, absque insinuat. valida 1779. *Müller* ad Leyser. Obs. 693.

§. 8. Ferner bezieht man sich noch auf einige Gesetze, die aber im Grunde nichts von der gerichtlichen Bestätigung einer Schenkung enthalten. Dies wird daraus klar werden, wenn wir die Gesetze ansehen.

In der *L.* 27. *ff. de donat.* heißt es: *dixi posse defendi, non meram donationem esse: verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum: ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse.* — Ein jeder wird bald einsehen, daß dieses Gesetz nicht den geringsten Grund für die gegenseitige Meinung abgeben kann, und daher sind wir auch einer Erklärung dieses Gesetzes überhoben.

§. 9. Die *L.* 34. *§.* 1. *ff. de donat.* redet eben so wenig von diesem Falle, und sagt nur bloß, daß eine remuneratorische Schenkung, die jemand einem andern deswegen gemacht, weil er ihn von den Feinden befreiet hat, nicht könne widerrufen werden. Es heißt in dem Gesetze: *si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo accipiat, haec donatio irrevocabilis est.* Hier ist nur bloß von der Widerrufung einer Schenkung die Rede, und kann daher eben so wenig, wie das vorhergehende Gesetz auf unsern Fall angewendet werden.

268. Meditation.

Bey Gränz-Streitigkeiten kann nach geschehener Publikation der Zeugen-Aussagen, noch immer ein Riß zu den Acten gebracht werden.

§. 1.

In einer gewissen streitigen Gränz-Sache, da nämlich der Kläger sich von des Beklagten Weidegrund, einen Theil aus dem Grunde anmaßen wollte, weil solcher seiner daselbst liegenden Fischerei zugelandet seyn sollte, wurden von beiden Seiten Zeugen in Vorschlag gebracht und abgehöret. Nach eröfneten Zeugen-Aussagen, trug der Beklagte darauf an, daß ehe in der Sache gesprochen würde, durch einen beeidigten Feldmesser die ganze Gegend in einen Riß gebracht würde, weil er dadurch zeigen wollte, daß überhaupt keine Zulandung hier möglich sey.

§. 2. Diesem Antrage widersetzte sich der Beklagte, und zwar deswegen, weil erstens

stens schon von Gerichtswegen eine Handzeichnung sowohl von dem Weidegrunde, als der Fischerei verfertiget, und den Akten beigelegt war, und zweitens weil nach eröfneten Zeugen-Aussagen, den klaren Verordnungen der Rechte l) gemäß, keine neue Beweismittel weiter zugelassen werden dürften.

§. 3. Aber, was den ersten Grund anbetrift, so konnte hier um so weniger darauf Rücksicht genommen werden, weil erstlich zu einem legalen Riß erfordert wird, daß solcher durch einen beeidigten Feldmesser aufgenommen werde. m) Jene gerichtliche Handzeichnung aber war nicht nur nach dem bloßen Ansehen, ohne alle mathematische Gründe gemacht, sondern sie war auch an sich selbst, voller Fehler und Mängel. Fürs zweite waren bei Anfertigung jener Handzeichnung, beide Partheien nicht vorgeladen, da doch bei der Aufnahme eines glaubwürdigen Risses beide Theile dazu verabladet werden müssen, n) wodurch also eine offen-

l) Nov. 90. cap. 4. Cap. 46. X. de test.

m) *Leyser* spec. 114. med. 5.

n) L. 8. §. 1. ff. L. 3. C. Fin. regund. *Stryk* U. M. tit. fin. reg. §. 10. et de iure fens. diff. 1. cap. 2. 10. *Brunnemann* de iur. limit. prov. cap. 11. §. 9.

Kni-

offenbare Nullität entstand, o) weswegen denn eine solche Handzeichnung die Stelle eines Risses nicht vertreten konnte.

§. 4. Der zweite ist eben so unerheblich. Freilich dürfen nach geführtem Beweise und Gegenbeweise, keine neue Zeugen producirt werden, aber auch diese Regel findet hier keine Anwendung. Eine bekannte Sache ist es, daß bei Gränz-Streitigkeiten, ein Riß zu den Acten gebracht werden müsse, wie solches in den Reichsgesetzen p) ausdrücklich gebothen wird. Diese Vorschrift ist allgemein, und redet ohne alle Einschränkung; sie bestimmet nicht ob vor, oder nach geführtem Beweise ein Riß beigebracht werden solle, daher denn auch solcher nicht an das fatale probationis gebunden seyn kann.

§. 5. So dann fällt auch der Grund, der bei neuer Production der Zeugen eintritt, hier völlig weg. q) Hier ist kein metus subornationis zu besorgen, vielmehr wird durch

Knichen de iur. ter. cap. 3. n. 99. *Oettinger* de iur. limit. lib. 2. cap. 6. n. 11.

o) *Stryk* l. c. n. 11.

p) R. A. von 1654. §. 51.

q) *Stryk* l. c. n. 8.

durch einen Riß, die Aussagen der Zeugen erläutert und deutlicher gemacht, weswegen denn auch einige Rechtsgelehrte selbst alsdenn noch, wenn schon in der Sache zum Urtheil beschlossen ist, noch Risse zulassen. r) Aus diesen Gründen wurde daher auch dem Suchen des Beklagten gemäß erkannt.

r) *Lynk* de iur. fin. cap. 4. §. 9.

Bemerkte Druckfehler im 4ten Bande der Meditationen. (Neue Auflage.)

Seite 2. Zeile. 1. Not. b statt Bruhum Beomunorum lies Fratr. Becmannorum. S. 3. Z. 1. Not. c st. C l. E. S. 6. Z. 3. st. schweret l. schwöret. S. 7. Z. 15. Not. l st. Wernber l. Wernher. S. 21. Z. 2. st. könne l. können. S. 22. Z. 18. st. wenn l. wann. S. 27. Z. 15. st. L. l. p. l. L. 1. pr. S. 31. Z. 1 von unten st. ich l. sich. S. 35. Z. 8 st. welcher l. welche. S. 42. Z. 21 st. Korhy l. Köchy. S. 53. Z. 1. Not. s st. Schiller l. Schilter. S. 53. Z. 7 st. Nichtinception l. Nichtreception. S. 55. Z. 1 von unten st. loesionem l. laesionem. S. 57. Z. 14 st. keine l. eine. S. 57. Z. 7 Not. v. st. iusum l. iusiurandum. S. 68. Z. 16 st. gegenseitigen l. gegenseitigem. S. 87. Z. 1 Not. u st. L. n. l. L. 4. S. 91. Z. 8 st. sein l. seine. S. 96. Z. 7 st. könte l. konte. S. 113. Z. 6. Not. s st. Heunec l. Heinec. S. 115. Z. 1 st. Gesetze l. Gesetzen. S. 115. Z. 3 Not. c st. vell l. vel. S. 116. Z. 19 st. tam et si l. tametsi. S. 137. Z. 2 st. Unterschreibung l. Ueberschreibung. S. 137. Z. 21 st. ventum l. centum. S. 181. Z. 1 st. demselben l. denselben. S. 187. Z. 17 nach wird fehlt nicht. S. 208. Z. 16 st. ruhet l. der. S. 209. Z. 8 Not. a. st. salutioni l. solutioni. S. 225. Z. 5 st. inito l. initio. S. 229. Z. 14 st. rechtlicheu l. rechtlichen. S. 236. Z. 11 st. legten l. lagen. S. 239. Z. 6 st. Söhne l. Sohne. S. 240. Z. 1 Not. q st. denn l. den. S. 242. Z. 15 st. mulieris l. mulieres. S. 255. Z. 22 st. bigiebt l. begiebt. S. 268. Z. 1 st. que l. quae. S. 277. Z. 10 am Ende der Med. ist in einer Note nachzuführen: Huntbers rechtl. Bemerkungen. Th. 1. Nr. 1. S. 282. Z. 25 u. 29 u. S. 283. Z. 6 st. Legators l. Legatars. S. 283. Z. 8 st. Legator l. Legatar. S. 283. Z. 1 von unten fällt zu weg. S. 288. Z. 11 in der Note st. angeborene l. angebotene. S. 290. Z. 19 st. alo l. als. S. 298. Z. 4 st. wieder l. wider. S. 298. Z. 15 st. nachgesetzt l. nicht vorgesetzt. S. 299. Z. 13 st. verkürzt würden werden l. würde verkürzt werden. S. 301. Z. 2 st. entgegenstenden l. entgegenstehenden. S. 328. Z. 8 Note e st. nemoiata l. memorata. S. 339. Z. 25 von dicendum bis putaverit, fällt weg. S. 351. Z. 1 st. das l. daß. S. 351. Z. 1 Note b st. Legatars l. Legatariis. S. 361. Z. 3 st. einer gleichen l. eine gleiche.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Overbeck, August Wilhelm,

Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien

Bd.: 4

Hannover 1804

J.rom.m. 385 ma-4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10627121-4
VD18 15480224-001